



Centro Universitário de Brasília
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

CAROLINA SCORALICK SIRIMARCO

**COERÊNCIA INTERNA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:
a suspensão de execução pelo Senado Federal, no todo ou parte, de lei declarada
inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a partir da análise
da Reclamação 4335.**

Brasília
novembro, 2012

CAROLINA SCORALICK SIRIMARCO

**COERÊNCIA INTERNA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:
a suspensão de execução pelo Senado Federal, no todo ou em parte, de lei declarada
inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a partir da análise
da Reclamação 4335.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Henrique Smidt Simon.

**Brasília
novembro, 2012**

CAROLINA SCORALICK SIRIMARCO

**COERÊNCIA INTERNA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL:
a suspensão de execução pelo Senado Federal, no todo ou parte, de lei declarada
inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal a partir da análise
da Reclamação 4335.**

-

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Dr. Henrique Smidt Simon.

Brasília, 19 de novembro de 2012.

Banca Examinadora

Professor Dr. Henrique Smidt Simon
Orientador

Professor Dr. Alvaro Luis de Araujo Ciarlini
Examinador

Professor Me. Rafael Thomaz Favetti
Examinador

Agradeço

Aos meus pais, Deise e Virgílio.

Pela nossa caminhada de puro amor e por sempre me mostrarem os seguros valores a seguir. Sem vocês nada seria possível.

Ao meu irmão, Cássio.

Por mesmo distante estar perto e por nosso indelével amor revelado nos mais singelos momentos.

Aos meus amigos.

Pela sincera amizade, paciência e enorme ternura demonstradas.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo a análise da coerência interna da competência atribuída ao Senado Federal, pela Constituição da República no seu art. 52, X, frente à possibilidade aventada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Reclamação 4335 de a própria decisão do Supremo Tribunal Federal conter força normativa suficiente para atingir a todos os jurisdicionados, prescindindo da atuação do Senado Federal. Partindo da análise dos votos já proferidos na Reclamação, ao longo do trabalho, é estabelecido um debate acerca do surgimento e apresentação, hodierna, dos modelos de controle de constitucionalidade americano e austríaco e como foram incorporados no ordenamento jurídico nacional. Ao final passa-se à análise do instituto da súmula vinculante e do seu papel na jurisdição constitucional brasileira. Nessa esteira, chega-se ao questionamento: a atual modelagem do controle de constitucionalidade no Brasil e o instituto da súmula vinculante legitimam a proposta de conferir-se ao Senado Federal o papel de dar mera publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal sugerida pelo Ministro Gilmar Mendes? A solução aponta no sentido de que não se pode ratificar o entendimento do Ministro, pois caso fosse seguido haveria uma absoluta descaracterização do controle difuso e concreto, principalmente no que tange aos seus efeitos. Ademais, a adoção desse entendimento desconstitucionalizaria a própria súmula vinculante, na medida em que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal seria dotada de efeitos *erga omnes*.

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Modelos. Resolução do Senado Federal. Súmula Vinculante.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the internal consistency of the powers given to the Senate by the Constitution in its article 52, X facing the possibility suggested by Minister Gilmar Ferreira Mendes judgment in the Reclamacao 4335 of the ruling of the Supreme Court to contain sufficient normative force to meet all under the jurisdiction, regardless of the action of the Senate. Based on the analysis of the votes already casted in the Reclamacao, throughout the work, it is established a debate about the appearance and presentation, nowadays, of the models of American and Austrian constitutionality, and how they were incorporated into the national legal system. At the end, it is analyzed the binding precedent and its role in the Brazilian constitutional jurisdiction. On this track, the question comes up: the current modeling of constitutional control in Brazil and the binding precedent legitimize the proposal of the Senate's role to give mere publicity to the ruling of the Supreme Court suggested by Minister Gilmar Mendes? The solution points in the sense that one can not ratify the understanding of the Minister, if sanctioned there would be a total mischaracterization of the diffuse and concrete control, especially in regard to their effects. Thus, the adoption of this understanding would make their own binding precedent unconstitutional, to the extent that any ruling of the Supreme Court would be endowed with *erga omnes* effect.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Constitutional Control. Models. Resolution of the Senate. Binding Precedent.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
I - O CASO EM ANÁLISE: A RECLAMAÇÃO 4335.....	10
I-1. O voto do Ministro Gilmar Mendes.....	13
I-2. O voto do Ministro Eros Grau.....	18
I-3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence.....	21
I-4. O voto do Ministro Joaquim Barbosa.....	23
I-5. Compêndio dos votos.....	24
II – OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	26
II-1. O sistema americano de controle de constitucionalidade.....	26
II-2. O sistema austríaco de controle de constitucionalidade.....	36
II-3. O controle de constitucionalidade no Brasil.....	43
II-3.1. Os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade abstrato.....	49
II-3.2. Os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade difuso.....	56
III - O SENADO FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE.....	61
III-1. O papel das resoluções editadas pelo Senado Federal na complementação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.....	61
III-2. A súmula vinculante como mecanismo de ligação entre os controles de constitucionalidade concreto e abstrato.....	67
III-3. A súmula vinculante como instrumento limitador da transformação do controle de constitucionalidade concreto em abstrato no Supremo Tribunal Federal.....	75
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	83

INTRODUÇÃO

A interpretação constitucional tem como fundamento a supremacia da Constituição sobre os demais atos normativos de um Estado. Dessa forma, nenhuma expressão legislativa pode persistir se não se coadunar com a Lei Fundamental. O controle de constitucionalidade é o instrumento que possibilita a manutenção da ordem jurídica, ao afastar do ordenamento as normas incompatíveis com a Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tradição brasileira iniciada na Carta de 1934, confere ao Senado Federal, em seu art. 52, X, competência para, através da edição de resolução, conceder efeitos gerais, *erga omnes*, à decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso e concreto que, *a priori*, teria seus efeitos limitados às partes litigantes.

É nesse contexto que o Ministro Gilmar Mendes, na Reclamação 4335, defende a releitura do texto constitucional que defere ao Senado Federal competência para suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Sua acepção é no sentido de ser esta fórmula arcaica, devendo-se extrair da norma que ao Senado Federal é cabível apenas dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso e concreto.

Dessa forma, frente às hodiernas observações de que o papel da Casa Senatorial importa uma análise sob um novo prisma, o que se analisará é a coerência da proposta de uma nova leitura do papel do Senado Federal na atual jurisdição constitucional brasileira frente à possibilidade de as decisões da Suprema Corte, em sede de controle concreto e difuso, serem dotadas de eficácia *erga omnes*, prescindindo, para tanto, da edição de resolução pelo órgão político.

Assim, a própria decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concreto e difuso conteria força normativa ampla, tal como se observa no *judicial review* norte-americano, através do *stare decisis*. Essa característica se sedimentou após a Emenda Constitucional n. 45/04, pela qual o poder constituído reformador permitiu à nossa Suprema Corte a edição de enunciados sumulares vinculantes.

Frente a essas questões, parte-se para o exame dos votos já proferidos na Reclamação 4335, considerando que até o presente momento seu julgamento não findou,

apresentando-se os argumentos que levam cada um dos Ministros a perfilar ou não a proposta do relator quanto ao papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso e concreto.

Sabendo-se que o controle de constitucionalidade nacional é notadamente misto, comportando tanto sua forma difusa e concreta de matriz norte-americana, quanto sua modalidade abstrata e concentrada de inspiração austríaca, no segundo capítulo abordar-se-á a origem de ambos os modelos de fiscalização de constitucionalidade e como se apresentam nos dias atuais. A seguir, tecer-se-á considerações históricas acerca do controle de constitucionalidade no Brasil, abordando-se a introdução no ordenamento jurídico nacional de ambos os modelos e apresentando-se as peculiaridades dessa inserção, com enfoque nos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos dias atuais, principalmente no que concerne aos efeitos dos pronunciamentos.

No terceiro capítulo será apresentado de que forma as resoluções editadas pelo Senado Federal complementam os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso e concreto. Por fim, o estudo se voltará ao papel desempenhado pela súmula vinculante no atual cenário da jurisdição constitucional frente à possibilidade de através dela o Supremo Tribunal Federal dotar suas decisões de generalidade, fazendo-se contraponto aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau aos votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa na Reclamação 4335.

Para o desenvolvimento da pesquisa utilizar-se-á da metodologia jurídico dogmático, pela qual se analisará proposições doutrinárias e jurisprudenciais.

I - O CASO EM ANÁLISE: A RECLAMAÇÃO 4335.

Ação que visa preservar a competência do Supremo Tribunal Federal, a reclamação está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 102, inciso I, letra “I”¹, regulamentada pelos artigos 13 a 18 da Lei 8.038² de 28 de maio de 1990, e pelos artigos 156 e seguintes³, do Regimento Interno do STF.

¹BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 01 nov 2011.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

²BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em 01 nov 2011.

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Parágrafo único - A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.

Art. 14 - Ao despachar a reclamação, o relator:

I - requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias;

II - ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Art. 15 - Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 16 - O Ministério Público, nas reclamações que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 17 - Julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.

Art. 18 - O Presidente determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF, 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf> Acesso em 01 set 2011.

Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões.

Parágrafo único. A reclamação será instruída com prova documental.

Art. 157. O Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de *cinco dias*.

Art. 158. O Relator poderá determinar a suspensão do curso do processo em que se tenha verificado o ato reclamado, ou a remessa dos respectivos autos ao Tribunal.

Art. 159. Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

Art. 160. Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, quando a reclamação não tenha sido por ele formulada.

Art. 161. Julgando procedente a reclamação, o Plenário ou a Turma poderá:

I – avocar o conhecimento do processo em que se verifique usurpação de sua competência;

II – ordenar que lhe sejam remetidos, com urgência, os autos do recurso para ele interposto;

III – cassar decisão exorbitante de seu julgado, ou determinar medida adequada à observância de sua jurisdição.

Parágrafo único. O Relator poderá julgar a reclamação quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal.

Art. 162. O Presidente do Tribunal ou da Turma determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

O instituto em tela é instrumento processual utilizado nas hipóteses de descumprimento, pelos órgãos administrativos ou judiciais, de súmulas ou decisões proferidas pela Suprema Corte ou em situações de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

Para analisar a Reclamação 4335, imperioso recordar-se do julgamento do *Habeas Corpus* 82.959, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23 de fevereiro de 2006, DJ de 01.09.2006, em que a Corte afastou a vedação de progressão de regime a dez condenados pela prática de ilícitos penais tipificados na Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre crimes hediondos, ao considerar inconstitucional seu artigo 2º, § 1º⁴. O acórdão do referido *Habeas Corpus* está assim ementado:

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90⁵.

Nessa toada, em maio de 2006 fora ajuizada pela Defensoria Pública da União do Estado do Acre a Reclamação 4335 em face de decisão proferida por Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de condenados pela prática de crimes hediondos.

Nesse sentido, requereu a Defensoria Pública ao Juízo de Direito a progressão de regime para os apenados, tendo por fundamento a decisão do Supremo Tribunal

⁴BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=111519>>. Acesso em 28 set 2012.

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

(...)

§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. (redação original)

⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.959/SP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordas>>. Acesso em 01 nov 2011.

Federal no referido *Habeas Corpus*. Contudo, a decisão do magistrado foi no sentido de indeferir o pedido postulado.

A autoridade reclamada, o Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, manifestou-se no sentido de que os efeitos da decisão proferida no HC n. 82.959, por ter sido em sede de controle difuso, somente poderiam ser aplicados a outros casos após a edição de resolução, pelo Senado Federal, que é o órgão competente, segundo o artigo 52, inciso X, da Carta Magna, para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, de forma a conferir eficácia *erga omnes* à decisão.

Assim, o Juízo da Vara de Execuções Penais entendeu que, uma vez inerte a atuação legislativa, o dispositivo declarado inconstitucional na Lei 8.072/90 continuaria em vigor, sendo a declaração de inconstitucionalidade válida apenas para as partes constantes do *Habeas Corpus* 82.959. O indeferimento do pedido fora feito nos seguintes termos:

“Conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado ‘incidenter tantum’ a inconstitucionalidade do art. 2.º, § 1.º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria, que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes. Para que se estenda os seus efeitos erga omnes, a decisão deve ser comunicada ao Senado Federal, que discricionariamente editará resolução suspendendo o dispositivo legal declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso (conforme, aliás, o próprio STF informou em seu site na internet, em notícia publicada no dia 23/02/2006, que é do seguinte teor: “...Como a decisão se deu no controle difuso de constitucionalidade (análise dos efeitos da lei no caso concreto), a decisão do Supremo terá que ser comunicada ao Senado para que o parlamento providencie a suspensão da eficácia do dispositivo declarado inconstitucional...”)⁶”.

O Ministro Gilmar Mendes assumiu a relatoria do caso. Em 21 de agosto de 2006 proferiu decisão na qual concedeu “medida liminar, de ofício, para que, mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo, seja afastada a vedação legal de progressão de regime, até o julgamento final desta reclamação⁷”.

⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>>. Acesso em 01 nov 2011.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, sob o fundamento de “inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada e, portanto, ser manifestamente descabida a presente reclamação⁸”.

O julgamento iniciou-se em 01 de fevereiro de 2007. O Ministro Gilmar Mendes, relator, julgou procedente a reclamação. Na mesma data o Ministro Eros Grau pediu vista dos autos⁹.

A Reclamação 4335 voltou a ser julgada na sessão plenária do dia 19 de abril de 2007. O Ministro Eros Grau, em seu voto-vista, manifestou-se pela procedência da Reclamação, acompanhando o Ministro Relator. Em sequência, pronunciou-se o Ministro Sepúlveda Pertence julgando a ação improcedente, mas concedendo, de ofício, *habeas corpus* para que o juiz examine os demais requisitos para o deferimento da progressão de regime. Em seguida, votou o Ministro Joaquim Barbosa pelo não conhecimento da Reclamação, mas, igualmente, concedeu *habeas corpus* de ofício. Por fim, o Ministro Ricardo Lewandowski pediu vista dos autos.

Atualmente o andamento processual é: “10/02/2011 – Vista Devolução dos autos para julgamento¹⁰”.

Diante dessas considerações, passa-se à análise dos votos já proferidos na Reclamação 4335.

I-1. O voto do Ministro Gilmar Mendes

Na Reclamação 4335 o Ministro Relator, Gilmar Mendes, transcreve em seu relatório informações prestadas pelo Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais contra o qual se insurge a Reclamação. Posteriormente, destaca o parecer da Procuradoria-Geral da

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 nov 2011.

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4335&classe=Rcl&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 nov 2011.

República, que opinou pelo não conhecimento do pedido, ao considerar a inexistência de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada.

Consoante o já firmado entendimento do Supremo Tribunal Federal, Mendes destacou não se poder acolher a tese do Órgão Ministerial, pois “restou assente o cabimento da Reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado¹¹”.

Ao iniciar seu voto, Gilmar Mendes tece considerações históricas acerca do papel da Casa Senatorial no controle de constitucionalidade, mais especificamente quanto à suspensão de execução da norma como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte.

Quando da introdução do controle de constitucionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro, não foi previsto instrumento pelo qual se possibilitasse a extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão da Suprema Corte brasileira, tal qual se verifica com o *stare decisis* do Direito norte-americano, que empresta eficácia vinculante às decisões das Cortes Superiores.

A suspensão da execução da lei declarada inconstitucional foi mecanismo introduzido na Constituição de 1934 e, nas que se seguiram, o dispositivo que confere ao Senado o papel de suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal esteve presente. Seu precípua objetivo é o de emprestar eficácia geral às decisões do STF em sede de controle difuso. Hoje sua previsão normativa consta no art. 52, X¹², da Constituição da República.

Ao questionar os efeitos que haveriam de ser reconhecidos ao ato do Senado que suspende a execução de lei declarada inconstitucional, Mendes aborda posição de Lúcio

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

¹²BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 01 nov 2011.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Bittencourt, que afirmava, na década de 1960, ser o objetivo da norma apenas conferir ao Senado o dever de dar publicidade à declaração do Supremo. Outros¹³, no entanto, admitiam que a suspensão, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional pelo STF, constituiria ato político que retiraria a lei do ordenamento jurídico de forma definitiva e com efeitos retroativos, outorgando eficácia ampla à decisão judicial, vinculativa, inicialmente, apenas para os litigantes.

Considerando a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, Mendes conclui que o instituto da suspensão de normas inconstitucionais pelo Senado é hoje de índole meramente histórica.

E complementa citando, *v.g.*, os casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que se explicita que um significado normativo é inconstitucional sem que a expressão literal sofra qualquer alteração. Ou, *v.g.* quando se adota uma interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de certa expressão literal ou suprimindo uma lacuna contida no regramento ordinário. Nessas hipóteses e em outras diversas, demonstra Mendes, que a suspensão de execução da lei ou ato normativo pelo Senado mostra-se problemática, pois “não se cuida de afastar a incidência de disposições do ato impugnado, mas tão somente de um de seus significados normativos¹⁴”.

Após essas reflexões, Gilmar Mendes recomenda uma releitura do papel do Senado Federal no processo do controle de constitucionalidade das normas nacionais. Isso porque, com a introdução do controle abstrato de normas e a ampliação, na Constituição de 1988, do rol de legitimados a propor ações com essa função, houve redução do significado do controle de constitucionalidade incidental.

Nas palavras de Mendes, a predominância do controle de constitucionalidade concentrado é decorrente da “ampla legitimação, a presteza e a celeridade

¹³Neste sentido, Themístocles Cavalcanti, Bandeira de Mello.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar¹⁵”.

A Constituição Cidadã, mantendo a característica do controle de constitucionalidade misto, conferiu “ênfase não mais ao sistema difuso, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passaram a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal¹⁶”. Essa peculiaridade, segundo Mendes, está presente em voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADC 1, da qual se extrai:

“Por outro lado, (...), o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de jurisdição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz, é relativo porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade no sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, especialmente após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente”.

A doutrina brasileira, segundo Gilmar Mendes, na linha do que pensado sobre o papel do Senado na suspensão da execução da norma, limitava-se em ressaltar, de forma não fundamentada, a nulidade da lei inconstitucional e a obrigatoriedade dos órgãos estatais em se absterem de aplicar disposição declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o instituto da suspensão de execução, tal como interpretado, nega a teoria da nulidade da lei inconstitucional, pois ao conceder-se ao Senado o papel de suspender a execução da lei, estar-se-ia dizendo que a lei é válida e só não a será quando a Casa Senatorial assim a declarar, o que não tem prazo ou sanção, caso não venha a ocorrer. Nas palavras de Gilmar Mendes:

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

“A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação”.

Logo, assinala que o caminho a ser seguido pela doutrina e jurisprudência deveria ter sido o que indica ser o ato do Senado destinado a singularmente conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal. Essa foi a posição sustentada por Lúcio Bittencourt e afigura-se coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Não obstante, o caminho adotado foi outro, ao se entender que a resolução do Senado emprestaria efeitos gerais à declaração de inconstitucionalidade, dando a essa força normativa.

Contudo, a prática vem assentando nova dinâmica às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental. Essas acabam por ter eficácia transcendental às partes litigiosas, o que indica novo caminho seguido pela própria Corte no sentido de fazer uma releitura da norma constante do artigo 52, inciso X da Constituição Federal. Assim, indica Mendes a recente compreensão da Corte no que concerne ao controle constitucionalidade, qual seja:

“A natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental¹⁷”.

Após todas essas amarrações, Mendes afirma a ocorrência de mutação constitucional, reinterpretação decorrente da “completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988¹⁸”, ou seja, estaria havendo uma “autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto¹⁹”.

Portanto, a nova interpretação que se deve dar à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ser o simples efeito de publicidade, como, desde sempre,

¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

defendeu Lúcio Bittencourt. Assim, a decisão do Supremo, tomada em controle incidental, que de forma definitiva chegar à conclusão que a lei é inconstitucional, terá efeitos gerais, comunicando-se ao Senado apenas para que esse dê publicidade à decisão. Com esse novo entendimento a própria decisão da Corte conterà força normativa e ao Senado não caberá mais a faculdade de publicá-la ou não, “uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais²⁰”.

Ademais, ressalta a adoção da súmula vinculante, meio que reforçou a superação do que previsto no artigo 52, inciso X da Constituição Federal, pois com o uso desse instrumento jurídico pode-se definir a inconstitucionalidade de determinada norma por orientação do próprio Tribunal, sem que haja participação do Senado Federal.

Na conclusão de seu voto, pela procedência da Reclamação, Gilmar Mendes constata que a decisão do Magistrado vai de encontro à eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 82.959, em que a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990.

I-2. O voto do Ministro Eros Grau

Tendo feito pedido de vista dos autos, o Ministro Eros Grau inicia seu voto tecendo considerações acerca do papel da interpretação no desenvolvimento do direito. Para tanto, analisa a nítida diferença que há entre texto e norma, salientando que “não se superpõem; que o processo legislativo termina no momento do texto --- a norma virá depois, produzida no bojo de outro processo, a interpretação²¹”.

Das considerações proferidas no voto do Ministro Gilmar Mendes, Eros Grau extrai o seguinte sentido do texto do artigo 52, inciso X da Constituição Federal: ao Senado Federal está atribuída competência para dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

Tribunal Federal. A própria decisão do Supremo conteria força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Contudo, Eros Grau analisa ser necessário verificar se, no caso, houve ou não mutação constitucional, salientando que na oposição entre rigidez (rigidez do texto) e elasticidade (criatividade de interpretação), o Relator opta por essa última. Eros Grau, então, apresenta seu questionamento central: “até que ponto o intérprete pode caminhar para além do texto que o vincula? Onde termina o legítimo desdobramento do texto e passa ele, o texto, a ser subvertido?²²”.

O início de sua resposta ao questionamento vem moldurado pela situação concreta, ou seja, a questão só poderá e deverá ser respondida caso a caso. À frente, em trecho que merece ser repisado, Eros Grau demonstra a importância da interpretação:

“O texto normativo obedece a limitações coletivas bastante estritas nas variações às quais se presta ao ser transformado em norma; ainda quando operem o que chamamos de mudança de jurisprudência, os intérpretes autênticos não estão livres para modificá-lo, o texto normativo, à vontade, reescrevendo-o a seu belprazer; o intérprete inscreve-se na tradição do texto --- quer se amolde a ela com exatidão, quer se afaste dela em algum ponto, para atualizá-lo, o texto, é sustentado por ela, apóia-se nela e deve referir-se a ela, pelo menos implicitamente, se quiser que sua narrativa seja entendida pelo público; o intérprete há de construir a norma respeitando a coerência interna do texto, sujeito a uma série de associações, oposições e homologias que conferem sentido ao texto, de modo que, em verdade, não inventa a norma²³”.

E nesse sentido, conclui, “a norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto; o intérprete a desnuda²⁴”, ou seja, é o intérprete quem produz a norma e ele quem deve compreender o sentido originário do texto, devendo mantê-lo como referência à sua aplicação. No entanto, para que tal ocorra necessária é a manutenção da coerência interna do texto normativo quando de sua atualização à realidade.

²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

Considerando a interpretação dada por Mendes ao texto do artigo 52, X da Constituição Federal, o Ministro Eros Grau demonstra que o relator não apenas limita-se a reinterpretar o texto, produzindo nova norma, mas avança propondo a substituição do texto normativo por outro, fazendo-se presente a mutação constitucional.

Segundo Eros Grau, a mutação da Constituição é a transformação do sentido do texto sem que haja a modificação na redação deste. Assim, “o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência²⁵”. Ou seja, o caminho percorrido não é de um texto a uma norma, mas sim, de um texto a um novo texto que substitui o primeiro e, naturalmente, originará norma diversa da anterior. Na mutação não apenas a norma é outra, e sim o texto. O exemplo que se colhe do artigo 52, inciso X é o da transformação do seguinte texto:

“[compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]

a outro texto

[compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo]²⁶”.

Afirma o Ministro não estar havendo apenas uma nova interpretação do texto, não se extrai uma nova norma diretamente do texto. Há, em verdade, mutação constitucional, pois para extrair-se a nova norma deve-se mudar o texto, de forma a conferir-se, ao Senado Federal, a competência privativa de tornar pública a decisão do Supremo Tribunal Federal.

“A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. (...) A mutação se dá sem reforma, porém não simplesmente como interpretação. Ela se opera quando, em última instância, a práxis constitucional, no mundo da vida, afasta uma porção do

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura no sistema²⁷”.

Contudo, salienta a importância de se manter a unidade do contexto, mantendo-se firme na tradição, que deve ser preservada. O novo texto, para ter sentido, deve ser confrontado com toda a Constituição de forma a compor um mesmo espaço semântico, uma coerência interna dentro sistema.

Para o Ministro Eros Grau a solução proposta pelo Relator, Gilmar Mendes, em seu voto, indica a efetividade da mutação constitucional e confirma que o texto atual do artigo 52, inciso X da Constituição da República é obsoleto.

Já em linhas de conclusão de seu voto, o Ministro reafirma a arcaicidade do texto que confere ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, devendo nele ler-se ser da competência da Casa Senatorial dar publicidade à declaração de inconstitucionalidade de lei operada pela Corte.

Assim, a própria decisão do Supremo conterà força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional e, quanto à manutenção da tradição (coerência) no contexto, afirma perceber-se a plena adequação do novo texto ao “espaço semântico constitucional²⁸”.

I-3. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence discorda da leitura proposta pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau quanto ao que concerne ao art. 52, X da Carta Política e a possível mutação constitucional que estaria sofrendo.

A ideia da mutação constitucional, para o eminente Ministro, “por decreto do poder que com ela se ampliaria; o que, a visões mais radicais, poderia ter o cheiro de golpe

²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

²⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

de Estado. Às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista²⁹”.

Com a decisão proferida nos recursos extraordinários 191.896 e 190.725 em que se dispensou a reserva de Plenário nos demais Tribunais, se já houvesse decisão incidental de inconstitucionalidade de ato normativo proferido pelo STF, o Ministro ressalta a possibilidade de se emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida em sede de controle difuso. Contudo salienta que não se pode reduzir à insignificância o papel do Senado Federal, mantido em todos os textos constitucionais subsequentes a 1934.

Ressalta Pertence, ainda, que a mutação constitucional hoje já não tem mais o “desafio de emprestar maior eficácia às decisões constitucionais do Supremo Tribunal Federal³⁰”. Isso porque a Emenda Constitucional 45 dotou a Suprema Corte nacional da possibilidade de editar súmula vinculante, instrumento que, de um lado, dispensa a intervenção do órgão legiferante e, de outro, não o transforma em órgão meramente encarregado de dar publicidade ao ato.

Ademais, assinala ser evidente a opção do legislador em manter em paralelo os sistemas do controle de constitucionalidade, com sua presença pela via incidental, que tem permanecido inalterada desde sua adoção, com “inovação tipicamente brasileira, de 1934, de entregar a um órgão do Poder Legislativo, a decisão de dar-lhe ou não efeitos gerais³¹”, e a via concentrada, que tem prevalecido e contribuído para o evidente desgaste do controle difuso, o que, no entanto, não deve ser acelerado pela adoção da mutação constitucional.

Por fim, defende que a vinculação de outros Tribunais à decisão do STF apenas se deve dar quando esta for proferida em sede de controle direto ou pela adoção da súmula vinculante, que obriga todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo, e todos os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Documento ainda não disponível publicamente.

³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Documento ainda não disponível publicamente.

³¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Documento ainda não disponível publicamente.

O Ministro Sepúlveda Pertence proferiu seu voto pela improcedência da Reclamação, porém concedeu, de ofício, *habeas corpus* para que o juiz da execução examine os demais pressupostos da progressão de regime postulada pelo reclamante.

I-4. O voto do Ministro Joaquim Barbosa

O Ministro Joaquim Barbosa apresentou voto divergente dos expostos pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, especificamente quanto à leitura proposta para o art. 52, X, da Constituição Federal.

Para Barbosa, não se deve olvidar os novos esforços jurisprudenciais e legislativos no desenvolvimento de mecanismos que aperfeiçoem a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, frente àquelas propostas inicialmente na Constituição Federal de 1988.

Contudo, apesar desse novo cenário, o Ministro expressa não conseguir extrair nenhuma grave conclusão relacionada à suspensão de lei pelo Senado Federal, de maneira que esta represente “obstáculo à ampla efetividade das decisões do STF em situações como a presente³²”.

Para tanto, propõe ser a solução que mais se adequa ao sistema atual conhecer a Reclamação como *habeas corpus*, confirmando-se este de ofício. Barbosa ainda ressalta que o próprio voto do Ministro Relator reforça sua convicção no sentido de o “STF não depender mais do Senado para atribuir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade no controle difuso”. Isso porque, entendendo o Supremo Tribunal, “com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito³³”.

Por essa possibilidade conferida à Corte Constitucional, Barbosa entende que se deve manter a leitura tradicional do normativo, segundo o qual compete ao Senado suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF.

³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Documento ainda não disponível publicamente.

³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Documento ainda não disponível publicamente.

Quanto à ocorrência de mutação constitucional, vislumbrada pelo Ministro Relator e pelo Ministro Eros Grau, Barbosa não a visualiza, entendendo haver apenas, pela via interpretativa, mudança no sentido da norma constitucional em questão. Ademais, ressalta que mesmo se aceita a tese da mutação, outros dois fatores seriam necessários, a saber: o decurso de um espaço temporal maior e a definitiva dessuetude da norma.

Em sua conclusão o Ministro conjectura que, para a eficácia das decisões da Corte, a suspensão da execução de lei pelo Senado é um complemento e não um obstáculo. Assim, votou o Ministro Joaquim Barbosa no sentido de que a Reclamação 4335 não deve ser conhecida, mas deve-se conhecer o pedido como *habeas corpus*.

I-5. Compêndio dos votos

Os votos até então proferidos na Reclamação 4335 demonstram um impasse em saber se a competência conferida ao Senado Federal, pela Constituição Federal, para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ainda afigura-se coerente no atual cenário do controle de constitucionalidade nacional.

Os ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau consideram que, pelas circunstâncias de prevalência do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado no ordenamento jurídico pátrio, o Senado Federal teria, hoje, a simples função de dar publicidade à norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte, tendo ela, em sede de controle difuso, através de sua decisão, o condão de generalizar seus efeitos, tornando-a de eficácia *erga omnes*.

O papel da Casa Senatorial atribuído pela Carta Magna estaria, assim, encoberto pelo entendimento de que ao Supremo Tribunal Federal é possibilitado estender os efeitos de sua decisão, sem a necessidade de participação do órgão político no controle de constitucionalidade difuso, tendo a Corte Constitucional força para tanto, através de suas decisões.

Em oposição, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa consideram que a súmula vinculante veio dotar o Supremo Tribunal Federal de aptidão para generalizar os efeitos de sua decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade, dispensando-se, para tanto, a participação do Senado Federal.

Contudo, não o transformou em órgão encarregado de apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal. Nesse sentido, haveria complemento entre os institutos podendo a Corte Constitucional editar enunciado sumular vinculante ou enviar ao Senado a decisão para que seja dotada de eficácia *erga omnes*.

Diante deste cenário, passa-se a analisar os fundamentos que levarão à conclusão do argumento que se apresenta coerente com o controle de constitucionalidade desenvolvido hodiernamente no Brasil.

II – OS MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico é um sistema que pressupõe ordem e unidade. Para tanto, contém mecanismos de correção que atuam em momentos de quebra da harmonia, visando restabelecê-la³⁴.

O controle de constitucionalidade, um desses mecanismos, apoia-se precipuamente na supremacia e rigidez constitucional. Consiste na verificação da compatibilidade de uma norma com a Constituição, que exerce “posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico³⁵”.

Destina-se esse capítulo à análise de seus aspectos dentro dos modelos judiciais de controle de constitucionalidade, o americano e o austríaco, desde seu surgimento, até os dias atuais e sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

II – 1. O sistema americano de controle de constitucionalidade

Embora haja precedentes que remontem à antiguidade³⁶ acerca do tema supremacia de uma determinada norma, o controle jurisdicional das leis tem como momento

³⁴BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

³⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1074.

³⁶Mauro Cappelletti, em seu livro *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado* (2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 49-50), embora reconhecendo o cunho pioneiro do *judicial review* como contribuição do direito norte-americano, traz à colenda a existência em sistemas jurídicos mais antigos espécie de “supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis”. Cita a existência de inúmeros exemplos, mas colhe dentre eles a antiga grande civilização ateniense, em que havia a distinção entre *nómos* e *pséfisma*. O primeiro aproximava-se das modernas leis constitucionais por dizerem respeito à organização do Estado e mais ainda porque sua modificação apenas poderia ocorrer através de um procedimento especial. O segundo, *pséfisma*, poderia tratar de conteúdos diversos, normas gerais e abstratas, impostas de forma vinculante a todos os cidadãos, assemelhando-se as atuais leis ordinárias. Contudo, era princípio fundamental que o *pséfisma* não poderia, qualquer que fosse o seu conteúdo, contrastar com o *nómos*, devendo “como seríamos tentados a dizer nós, juristas modernos, ser constitucional”. A consequência da ilegalidade (ou hoje, inconstitucionalidade) seria a responsabilidade penal daquele que havia proposto a norma e a invalidade do decreto (*pséfisma*) contrário à lei (*nómos*), por força do princípio “segundo o qual o *nómos*, quando estava em contraste com um *pséfisma*, prevalecia sobre este”.

paradigma o julgado proferido pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury v. Madison*³⁷, no qual se assentou a concepção da supremacia da Constituição em relação às leis ordinárias.

Isso porque, na decisão do referido caso, o Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*) John Marshall, em interpretação³⁸ do art. VI, cláusula 2ª, da Constituição Federal dos Estados Unidos, definiu ser o princípio essencial a toda constituição escrita, o de que uma lei contrária à Constituição não tem força legal, e os tribunais, assim como outros órgãos, são guiados por esse pressuposto³⁹. As palavras de Luís Roberto Barroso emolduram bem a situação:

“Foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema⁴⁰”.

Na mencionada decisão, Marshall expôs os três grandes fundamentos a justificarem o controle judicial de constitucionalidade:

³⁷Nas eleições de 1800, nos Estados Unidos, o presidente federalista John Adams fora derrotado para a oposição republicana, vindo a ser o novo presidente Thomas Jefferson. No final de seu governo, Adams e o Congresso articularam-se para conservar a influência política através do Poder Judiciário, aprovando sua lei de reorganização, pela qual reduzia-se o número de Ministros da Suprema Corte e criavam-se dezesseis cargos para juiz federal, todos a serem preenchidos com federalistas. Na véspera da posse de Thomas Jefferson, quarenta e dois juízes de paz nomeados por John Adams deveriam ser investidos no cargo, ficando a cargo de John Marshall a entrega dos atos de investidura aos nomeados. Contudo, tendo um único dia para fazê-lo, Marshall não teve tempo de concluir a tarefa, ficando alguns nomeados sem receber os atos. Thomas Jefferson tomou posse e negou a entrega dos atos de investidura àqueles que não os haviam recebido. Entre os juízes de paz nomeados e não empossados estava William Marbury, que propôs ação judicial (*writ of mandamus*), para ver reconhecido seu direito ao cargo.

³⁸“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding” (tradução livre). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 02 mai 2015.

³⁹“(…) the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument” (tradução livre). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 02 mai 2015.

⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27.

a) Primeiramente, proclamou a supremacia da Constituição, pela qual todos aqueles que elaboraram constituições escritas contemplam-na como lei fundamental e suprema da nação⁴¹.

b) Posteriormente, e como consequência, afirmou a nulidade da lei que contrariar a Constituição, de forma que um ato legislativo contrário a ela é nulo⁴².

c) E, por fim, assegurou ao Poder Judiciário o papel de intérprete final da Constituição, sendo exclusivamente da competência dele dizer o que é a lei, seu sentido. Aqueles que aplicam a norma a casos particulares devem explicar e interpretar a norma, de forma que se duas leis conflitam entre si deve o tribunal decidir sobre a aplicação de cada uma. Então, se houverem leis em oposição à Constituição, e ambas puderem ser aplicadas a um caso particular, a corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese⁴³.

Do voto de Marshall extrai-se que a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do legislativo, sendo o controle judicial de constitucionalidade técnica de atuação da supremacia da Constituição⁴⁴. Assim, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao qual ambos, potencialmente, poderiam ser aplicados.

Contudo, saliente-se que referidos preceitos apenas puderam ser definidos, pois antes considerou-se a Constituição dos Estados Unidos como rígida, arquétipo das Constituições que não podem ser mudadas ou derogadas através de leis ordinárias.

⁴¹“Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation (...)” (tradução livre). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 02 mai 2015.

⁴²“(...) an act of the legislature repugnant to the constitution is void” (tradução livre). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 02 mai 2015.

⁴³“It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule, if two laws conflict with each other the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty”. (tradução livre). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>>. Acesso em 02 mai 2015.

⁴⁴BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 165.

A partir de 1803, diante do entendimento extraído do caso *Marbury v. Madison*, passou-se a admitir nos Estados Unidos o controle judicial de constitucionalidade das leis que, conforme demonstrado, foi atribuído ao *Chief Justice* John Marshall. A característica central desse modelo de controle consiste na percepção de se conferir, exclusivamente, ao Poder Judiciário, em qualquer instância, a atribuição de declarar nulas as normas em contraste com o que preceituado na Constituição.

O controle de constitucionalidade pelo método americano pode também ser denominado difuso, pois “em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, tem (...) o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento⁴⁵”. Deve, assim, o julgador, quando a seu juízo entenda, afastar sua aplicação se considerar a norma conflitante com a ordem constitucional.

Essa ampla competência para a declaração da inconstitucionalidade no controle americano advém, assim como o controle judicial, do caso *Marbury v. Madison*, no qual se considerou “competência própria do judiciário dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Sendo a constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la⁴⁶”.

Logo, pelo modelo americano de conformação de uma norma com a Constituição, não cabe a nenhum órgão judiciário específico o monopólio da interpretação e aplicação constitucional. Esse papel se estende a todos os aplicadores do direito, que tem o poder-dever de fazê-lo, de forma que “todos os tribunais recebem o poder de conhecimento da inconstitucionalidade⁴⁷”.

Por outro lado, pode ser reconhecido como controle concreto, na medida em que o Judiciário apenas se pronunciará quando instigado a fazê-lo em uma lide que lhe seja submetida. No livro *Jurisdição Constitucional*, Hans Kelsen, em passagem sobre o modelo americano de controle de constitucionalidade, expõe:

⁴⁵CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 76-77.

⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁴⁷MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais* (Tomo I). 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 355-356.

“De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente quando umas das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação⁴⁸”.

Ou seja, a arguição faz-se *incidenter tantum*, no curso e por ocasião de um caso concreto controverso para o qual a decisão, quanto à inconstitucionalidade da norma, fizer-se relevante para a solução do litígio, daí a denominação incidental.

Portanto, o controle de constitucionalidade americano caracteriza-se pela “verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário⁴⁹”. E vê-se,

“que inexistente no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo, ou que se reconheça a sua legitimidade para encaminhar ao Tribunal o chamado *amicus curiae brief*, através do qual expõem aos juízes a sua opinião sobre a questão constitucional, esta faculdade parece traduzir, tão-somente, uma posição de terceiro interessado⁵⁰”.

Nessa lógica, a decisão judicial no sistema americano resolve conflitos de interesses, pretensões resistidas, pacificando o tecido social através do instituto da coisa julgada⁵¹. No entanto, nesse sistema, a decisão judicial possui uma segunda função, que é a de ser considerada um precedente. A razão para tal é que o modelo americano desenvolveu-se em um ambiente no qual há grande influência do sistema *Common Law*⁵², baseado nos

⁴⁸KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 311.

⁴⁹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1130.

⁵⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 129.

⁵¹SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 150.

⁵²DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 459.

precedentes, de forma que “a decisão pela suprema corte de qualquer jurisdição é vinculante para todos os tribunais inferiores dessa mesma jurisdição⁵³”.

“O *stare decisis* (...) assegura-se como a pedra angular do sistema jurídico de *common law*, em que a decisão judicial assume a função de não só dirimir uma controvérsia, como também a de estabelecer um precedente, dotado de força vinculante, a fim de assegurar que, futuramente, um caso análogo será decidido da mesma forma⁵⁴”.

Assim, o que existe é um vínculo às decisões já proferidas, de forma que um tribunal está preso às suas e àquelas de tribunais superiores na hierarquia judiciária; “a doutrina do precedente repousa na ideia de que casos iguais devem ser decididos da mesma forma⁵⁵”. A esse mecanismo de vinculação e efetivação jurisdicional das decisões emanadas das cortes superiores convencionou-se chamar *stare decisis*.

No controle difuso ou concreto, por força do *stare decisis*, a limitação dos efeitos subjetivos da decisão acaba por não existir, assumindo eficácia *erga omnes*, pois os tribunais vinculam-se à decisão proferida, à *res judicata*. Ou seja,

“mediante o instrumento do *stare decisis*, aquela “mera não aplicação”, limitada ao caso concreto e não vinculatória para os outros juízes e para outros casos, acaba, ao contrário, por agigantar os próprios efeitos, tornando-se, em síntese, uma verdadeira *eliminação*, final e definitiva, válida para sempre e para quaisquer outros casos, da lei inconstitucional: acaba, em suma, por tornar-se uma verdadeira *anulação da lei*, além disso, com efeito, em geral, retroativo⁵⁶”.

Luís Roberto Barroso ainda acrescenta que

“a decisão proferida pela Suprema Corte é obrigatória para todos os juízes e tribunais. E, portanto, a declaração de inconstitucionalidade em um caso concreto traz como consequência a não aplicação daquela lei a qualquer outra situação, porque todos os tribunais estarão subordinados à tese jurídica

⁵³“a decision by the highest court in any jurisdiction is binding on all lower courts in the same jurisdiction” (tradução livre) CAPPELLETTI / ADAMS *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 80.

⁵⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

⁵⁵MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 82.

⁵⁶CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 82.

estabelecida. De modo que a decisão, não obstante referir-se a um litígio específico, produz efeitos gerais, em face de todos (*erga omnes*)⁵⁷”.

A eficácia das decisões emanadas da Suprema Corte americana, a princípio, vigoraria entre as partes, no entanto, pela tradição da vinculação aos precedentes, através da regra do *stare decisis*, tem-se uma extensão da decisão que acaba por ir além das especificidades da demanda.

Nesse sentido, “uma decisão rejeitando a aplicação de uma lei por inconstitucionalidade, num caso concreto, tem na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei⁵⁸”. De forma que, pelo princípio do *stare decisis*, o julgamento da inconstitucionalidade da lei acaba por assumir eficácia *erga omnes*, não se limitando ao caso concreto, mas sim se estendendo a outros casos. Através desse sistema a norma permanece escrita, porém é tida como “letra morta⁵⁹”.

Sobre essa força vinculante da decisão, importante salientar que a atividade do juiz, apesar de aparentemente mecânica, não pode assim ser definida, “pois o julgamento do caso pretérito não explicita o que constitui *ratio decidendi* e o que deve ser entendido como *obiter dictum*⁶⁰”. Essa distinção será feita pelo juiz do caso ulterior, consoante critérios que não obedeçam, naturalmente, preceitos matemáticos.

Simplificadamente, a *ratio decidendi* é o princípio do direito pronunciado pelo Tribunal, tendo por base sua decisão⁶¹, ou seja, os fundamentos jurídicos sustentadores da decisão, “a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi. Trata-se da tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto⁶²”.

O *obiter dictum* refere-se a elementos secundários que não têm influência direta, relevante e substancial para a decisão. São os argumentos utilizados apenas de

⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

⁵⁸KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 307.

⁵⁹CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 81.

⁶⁰MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 83.

⁶¹SILVA, Antônio Álvares da. *As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, 2004. p. 102.

⁶²DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obiter dictum*. Disponível em <http://www.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf>. Acesso em 17/08/2012.

passagem, “argumentos sobre princípio jurídico ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade, ou ainda as consequências da solução escolhida e de suas rivais⁶³”.

A importância dessa diferenciação para a doutrina do precedente é fundamental, pois a vinculação do juiz limitar-se-á apenas à *ratio decidendi*, de forma que o *obiter dictum* não recebe força vinculante, tendo, no entanto, grande eficácia persuasiva⁶⁴.

Desta forma, “é perfeitamente possível que um juiz vislumbre *ratio decidendi* numa proposição anterior, enquanto o seu colega enxergue, na mesma proposição, um mero *dictum*⁶⁵”. Constatase que, para o sistema de controle de constitucionalidade americano, os precedentes, sob determinada ótica, têm sua força relativizada.

Com relação à eficácia temporal da decisão que declara a inconstitucionalidade das normas, a manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos tem o condão de estabelecer a nulidade da lei inconstitucional, quando assim declarada.

“A lógica do raciocínio é irrefutável. Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria⁶⁶”.

Ato inconstitucional, portanto, é nulo de pleno direito. Assim o sendo desde sua origem, de forma a não produzir efeitos, sendo nulo *ab initio*, como se nunca tivesse existido (efeito *ex-tunc*).

Tal doutrina já havia sido proclamada em O Federalista.

“A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. (...). Limitações dessa natureza, somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que tem o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da

⁶³MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 203.

⁶⁴MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 84.

⁶⁵MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 83.

⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

Constituição. (...). Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição⁶⁷”.

E foi acolhida por Marshall em *Marbury v. Madison*.

“Assim, a particular linguagem da constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à constituição é nula⁶⁸”.

Todavia, o amadurecimento do controle de constitucionalidade americano demonstrou a necessidade da modulação dos efeitos das decisões.

Um caso que demonstra a relativização dos precedentes ocorreu em 1965, quando a Suprema Corte Americana julgou o caso *Linkletter v. Walker* no qual um condenado por arrombamento na Corte de Louisiana requereu o direito de *Habeas Corpus* com fundamento no que decidido no caso *Mapp v. Ohio*, no qual se definiu que a prova obtida ilegalmente não seria admissível em juízo criminal⁶⁹.

Contudo, excepcionando o já sedimentado entendimento da nulidade da norma inconstitucional, a Suprema Corte decidiu pela impossibilidade de retroação dos efeitos da norma àqueles casos com julgamento final anterior ao caso *Mapp*, situação de *Linkletter*.

“Vê-se, pois, que o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em casos determinados, acolheu até mesmo a pura declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente *pro futuro*”⁷⁰.

A adoção do *amicus curiae* foi outra importante abertura processual conferida dentro do sistema de controle de constitucionalidade americano, de forma a proporcionar um novo foco para o debate constitucional.

⁶⁷HAMILTON, Alexander., MADISON, James., JAY, John. Trad. Heitor Almeida Herrera. *O Federalista*: n. 78. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 577.

⁶⁸Estados Unidos. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>>. Acesso em 02 mai 2012.

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional*: controle de constitucionalidade, módulo V. Emagis, 2006. P. 279. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional*: controle de constitucionalidade, módulo V. Emagis, 2006. P. 280. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

As decisões proferidas pela Suprema Corte, em razão do *stare decisis*, não de atingir diversas outras pessoas, afetando interesses para além das partes demandantes. Assim, os envolvidos em questões semelhantes, ao ter em conta que o resultado da controvérsia influenciará no destino de suas causas, poderão intervir na lide.

Nesse cenário, surge o amigo da corte, figura largamente adotada no Tribunal Constitucional norte americano, “objetivando a proteção de direitos coletivos ou difusos, com a função precípua de chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia lhes escapar ao conhecimento ou à percepção⁷¹”.

Nas palavras de Gilmar Mendes:

“Nesse sentido, a prática americana do *amicus curiae brief* permite à Corte Suprema converter o processo aparentemente subjetivo de controle de constitucionalidade em um processo verdadeiramente objetivo (no sentido de um processo que interessa a todos) -, no qual se assegura a participação das mais diversas pessoas e entidades⁷²”.

Observa-se, mais uma vez, que o *judicial review* afasta-se de um modelo puramente subjetivo ao se aproximar da tendência de objetivação do controle de constitucionalidade.

A adoção do *writ of certiorari* foi outra importante mudança do sistema constitucional americano, que veio a reforçar sua tendência à objetivação. Adotado em 1891 para “desafogar” o órgão supremo do Poder Judiciário, seu uso implica à Suprema Corte limitar “de forma progressiva o exercício do controle de constitucionalidade apenas às questões de maior relevância, que são, em geral, questões constitucionais⁷³”.

⁷¹AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010. P. 77.

⁷²MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade, módulo V*. Emagis, 2006. p. 374. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

⁷³SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Derecho Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 53 (tradução livre).

O instituto confere à Corte o caminho discricionário para conhecer ou não determinada questão, ao verificar “se uma causa apresenta questões de interesse público, para que justifique que se avoque seu conhecimento”⁷⁴.

Segado ensina, ainda, se poder afirmar que as revisões de sentenças judiciais, pela Suprema Corte, não constitui uma questão de direito, mas sim, de discricionariedade judicial, sendo concedida unicamente pelo Tribunal quando entendido haver razões especiais e importantes que justifiquem essa escolha *ad libitum*⁷⁵.

Embora a *judicial review* se desenvolva em um ambiente de controle concreto, busca solucionar controvérsias constitucionais no âmbito objetivo.

Nesta esteira, afirma Gilmar Mendes:

“O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valoriza o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva”⁷⁶.

Porquanto se desenvolva a partir de um caso concreto, o controle de constitucionalidade americano, através da adoção do *stare decisis*, do *amicus curiae* e da seleção feita pela própria Corte pelo *writ of certiorari*, muda seu enfoque resolvendo a controvérsia com mecanismos que se distanciam da subjetividade.

II-2. O sistema austríaco de controle de constitucionalidade.

Na Áustria, como em grande parte da Europa Continental, inexistiam, até o início do século XX, procedimentos de fiscalização de constitucionalidade das leis como hoje é conhecido. As cortes austríacas, em específico, “tinham o poder de controlar a

⁷⁴BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979. p. 79.

⁷⁵SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 76 (tradução livre).

⁷⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade, módulo V*. Emagis, 2006. p. 28. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

constitucionalidade das leis apenas no concernente à sua adequada publicação⁷⁷”. A ideia que prevalecia era a da lei ser expressão da soberania, não devendo qualquer órgão estatal, mesmo o judiciário, questionar sua legitimidade⁷⁸.

Todavia, em 1920 a Áustria adotou modelo de fiscalização de constitucionalidade, cuja concepção se atribui a Hans Kelsen. Segundo ele, a centralização da revisão judicial da legislação, principal característica do modelo, fazia-se necessária para se evitar a falta de uniformidade nas decisões que envolvessem questões constitucionais e a imposição de força vinculante às decisões proferidas⁷⁹.

“O perigo antes mencionado da falta de uniformidade em questões constitucionais era grande demais, pois na Áustria, bem como em outros países do continente europeu, as autoridades administrativas não tinham poder de controlar a constitucionalidade das leis, sendo obrigadas, portanto, a aplicar uma lei mesmo que um tribunal, por exemplo, a Suprema Corte, a tivesse declarado inconstitucional (...). O fato mais importante, porém, é que na Áustria as decisões da corte ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* -, concernentes à constitucionalidade de uma lei ou decreto, não tinham força obrigatória sobre as cortes inferiores (...). O próprio *Oberster Gerichtshof* não estava sujeito à norma do *stare decisis*, de modo que uma lei declarada inconstitucional pela corte num caso específico podia ser declarada constitucional e aplicada noutro caso por essa mesma corte⁸⁰”.

O modelo austríaco de jurisdição constitucional traduziu um novo sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis, na medida em que confere, em caráter exclusivo, a um órgão jurisdicional, não necessariamente integrante do Poder Judiciário, no seu modelo clássico, a competência para solucionar conflitos entre leis ordinárias e a Constituição⁸¹. A esse órgão deu-se o nome Corte Constitucional.

Mauro Cappelletti afirma, ainda, poder-se denominar o modelo de concentrado por se desenvolver “em um único órgão judiciário, idealizado e criado, propositadamente, para esta função de controle normativo⁸²”. Defere-se, assim, a um órgão

⁷⁷KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 303.

⁷⁸CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 67.

⁷⁹KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304.

⁸⁰KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 304.

⁸¹BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 36.

⁸²CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 84.

jurisdicional superior, a Corte Constitucional, a competência para decidir acerca da constitucionalidade de uma lei.

A ideia de Kelsen ao compor uma Corte especial foi torná-la o mais independente possível do Executivo, visto ser de sua competência controlar “diferentes atos administrativos, em especial a revisão judicial dos decretos emitidos pelo chefe de Estado, o primeiro-ministro e os outros ministros, e o poder de emitir tais decretos era de suma importância política⁸³”. Contudo, com a reforma da Constituição austríaca sofrida em 1929, fora estabelecido que seus membros não mais seriam eleitos pelo parlamento, mas sim, indicados pelo executivo, o que futuramente levou a não resistência Austríaca a sua anexação pelos nazistas⁸⁴.

O modelo de controle concentrado de jurisdição constitucional parte de algumas premissas. A primeira delas, como demonstrado, é a concentração do poder decisório acerca da constitucionalidade de uma norma na Corte Constitucional, órgão independente do Judiciário.

No entanto, antes mesmo da possibilidade de se conceber a exclusividade dessa atuação ao referido Tribunal, tem-se que considerar a Constituição como “norma jurídica portadora dos valores supremos da ordem jurídica e, portanto, fonte de validade das normas inferiores⁸⁵”.

A tradicional concepção piramidal das normas jurídicas apresentada por Kelsen em sua Teoria Pura nos revela o fundamento do sistema de controle de constitucionalidade austríaco. Com base na hierarquia superior da Constituição, as normas inferiores devem estar em sintonia com aquela.

“O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de várias camadas de normas jurídicas. Sua unidade se deve à conexão, que acontece porque a produção novamente é determinada pela outra; um regresso que desemboca, finalmente, na norma fundamental, na

⁸³KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 306.

⁸⁴KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 306.

⁸⁵SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 37.

regra fundamental hipotética e, conseqüentemente, no fundamento de validade mais alto, aquele que cria a unidade desta conexão de produções⁸⁶”.

A concepção kelseniana de Constituição revela que esta tem função essencial de “regular os órgãos e o procedimento da produção jurídica geral, ou seja, da legislação⁸⁷”. O conflito entre uma lei e a Norma Fundamental não constitui, contudo, uma nulidade, pois mesmo contrária à Constituição, a lei é válida no sentido de ser a própria Constituição quem prescreve o conteúdo que determinada lei deve possuir.

“Quando a lei for produzida de modo diferente do prescrito ou tiver conteúdo diverso do prescrito, não deve ser considerada nula, mas com validade desde aquele determinado instante até ser anulada por um Tribunal Constitucional, em um processo regulado pela Constituição⁸⁸”.

A Corte Constitucional, portanto, exerce o papel de conformar o ordenamento jurídico infraconstitucional com a Carta Magna. Contudo, enquanto não revogada, a lei deve ser considerada válida, e, enquanto válida, não pode ser inconstitucional, pois seguiu o procedimento e conteúdo previstos na Constituição.

Ademais, “enquanto a corte não tivesse declarado a lei inconstitucional, devia ser respeitada a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo⁸⁹”. A concepção, portanto, é a da anulabilidade da lei confrontante com a Constituição.

No âmbito do controle de constitucionalidade concentrado o pronunciamento da “Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas anula, cassa (“aufhebt”) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é válida e eficaz, posto que inconstitucional⁹⁰”.

A anulação do texto legal consiste em sua negação como norma válida e é consequência de outro ato jurídico⁹¹, a decisão da Corte Constitucional⁹². Nos dizeres de Hans

⁸⁶KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

⁸⁷KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103.

⁸⁸KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110.

⁸⁹KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

⁹⁰CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 116.

⁹¹KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 112.

⁹²Para Kelsen “entre lei e sentença não existe diferença qualitativa que esta é, tanto quanto aquela, produção do direito, que a decisão de um tribunal constitucional, por ser um ato de legislação, isto é, de produção do direito (...)” in KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 258.

Kelsen “a chamada lei inconstitucional não é nula *ab initio*, ela é anulável; ela pode ser anulada por motivos especiais⁹³”.

Portanto, o ato normativo só deixará de produzir efeitos posteriormente à decisão do órgão fiscalizador⁹⁴, isso porque como construído o controle de constitucionalidade austríaco, a opinião do legislador, expressa em seu ato legislativo, deve ser preservada⁹⁵.

A decisão anulatória da Corte gera eficácia apenas *ex-nunc*, não tendo força retroativa, devendo a norma ser aplicada até que a inconstitucionalidade seja decretada e só então seja retirada do mundo jurídico⁹⁶. Com efeito, além do caráter *pro futuro*, a decisão constitutiva da inconstitucionalidade de uma norma será *erga omnes*, podendo-se falar em eficácia geral⁹⁷.

Importante característica do sistema concentrado, que o diferencia profundamente do *judicial review*, é o procedimento ante a Corte Constitucional ser iniciado por uma ação direta, em via principal⁹⁸. De forma que o Tribunal Constitucional, em sua exclusiva atuação, exerce o controle da constitucionalidade das leis desvinculado de um caso concreto. Refere-se, assim, à natureza abstrata do controle, em que há a instauração de um processo autônomo de forma a discutir-se a conformidade da lei com a Constituição, não se vinculando a impugnação à existência de uma lide.

Pode-se dizer que a discussão é pautada apenas pela abstração dos efeitos da norma e não pela sua já efetivada aplicação. Portanto, não há necessidade de se demonstrar a

⁹³KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 227.

⁹⁴MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais* (Tomo I). 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 367.

⁹⁵KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

⁹⁶A exceção à força não retroativa da norma diz respeito ao caso que provocara sua revisão e anulação, assim a corte que havia feito o requerimento de revisão, ou mesmo a própria Corte Constitucional, não pode aplicar a lei no caso que motivara sua anulação, tendo efeito, portanto, *ex tunc*. in KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 314.

⁹⁷KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 305.

⁹⁸SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 69 (tradução livre).

violação a uma situação subjetiva⁹⁹. Para Kelsen, o interesse na constitucionalidade de uma norma “é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas¹⁰⁰”, daí a desvinculação ao caso concreto. Com fundamento nesse aspecto, o controle de constitucionalidade austríaco também é denominado abstrato.

Por essas razões, diz-se objetivo o critério processual de fiscalização normativa pelo qual se definirá, se conforme ou não, com a Constituição de um Estado uma norma, pois “à margem de tal ou tal interesse, tem em vista a preservação ou a restauração da constitucionalidade objectiva, quando o que avulta é a constante conformidade dos comportamentos, dos actos e das normas com as regras constitucionais¹⁰¹”.

Com a revisão da Constituição austríaca em 1929, algumas mudanças foram implantadas no sistema de controle de constitucionalidade. Destaca-se entre elas, a possibilidade de dois órgãos judiciais ordinários¹⁰² (o *Oberster Gerichtshof* – Supremo Tribunal de Justiça - e o *Verwaltungsgerichtshof* – Tribunal de Justiça Administrativa) elevarem a questão da inconstitucionalidade à Corte Constitucional¹⁰³. Rompia-se, assim, o monopólio da fiscalização constitucional, pois ambos os órgãos jurisdicionais, previamente à elevação da demanda à Corte, deveriam fazer um juízo de admissibilidade¹⁰⁴.

Uma nova reforma constitucional no ano de 1975 veio a legitimar a possibilidade de todos os órgãos jurisdicionais de segunda instância suscitar a análise da inconstitucionalidade pela Corte Constitucional. Por haver previsão de recorribilidade a toda

⁹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 130.

¹⁰⁰KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 311-312.

¹⁰¹MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade* (Tomo II). 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 357.

¹⁰²No originário sistema austríaco, não se deferia a juízes comuns o poder de controle do texto legal, nem mesmo lhes era concedido a possibilidade de requerer à Corte Constitucional que realizasse o controle. Apenas a órgãos políticos indicados na Constituição era deferido suscitar o controle de constitucionalidade das leis. in CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 105.

¹⁰³MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1061.

¹⁰⁴SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 67 (tradução livre).

decisão proferida em primeiro grau, pode-se compreender que essa reforma abriu possibilidades praticamente ilimitadas ao controle de constitucionalidade das leis¹⁰⁵.

Para Segado a abertura das possibilidades de se chegar ao Tribunal Constitucional exprimiou resultados muito mais amplos, pois fez com que “todos os juízes se tornassem participantes ativos do processo de controle de constitucionalidade das leis, de forma a relativizar o binômio que diferencia e separa os dois grandes modelos de controle¹⁰⁶”.

Após a Segunda Guerra mundial, diversos outros países europeus vislumbraram a possibilidade de combinar elementos e experiências do controle de constitucionalidade norte americano com o austríaco.

Nesse sentido, a própria Áustria, como se observou, aumentou o número de legitimados suscitarem o controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional. Na Alemanha, quando o Tribunal Constitucional Federal chega à conclusão de ser uma lei incompatível com sua Constituição, declara-a nula, o que significa ser inválida desde o momento de sua criação e, portanto, inexistente. Na Itália e na Espanha, com devidas limitações legais, também se admite a nulidade da norma inconstitucional, dotando esta de eficácia retroativa, *ex tunc*¹⁰⁷.

Na Alemanha e na Itália, ainda, diferentemente do modelo tradicional austríaco, adotou-se a possibilidade de todos os juízes, mesmo os inferiores, ao se depararem com uma lei que considerem contrárias à Constituição, “em vez de serem passivamente obrigados a aplicá-la, têm, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter à questão da

¹⁰⁵SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 68 (tradução livre).

¹⁰⁶SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 68 (tradução livre).

¹⁰⁷SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003. p. 74 (tradução livre).

constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja decidida por esta, com eficácia vinculatória¹⁰⁸”.

A partir de 1975, ademais, os austríacos podem suscitar a constitucionalidade de uma lei federal perante o Tribunal Constitucional desde que “seus direitos tenham sido violados pela lei em questão e que esta lei seja aplicável sem a intervenção de uma decisão judicial ou de uma decisão administrativa¹⁰⁹”.

Diante de todos esses ângulos de análise acerca do controle de constitucionalidade austríaco, o que se observa é que um novo contexto vem se formando, de maneira a não se limitar a aspectos originários do modelo, mas sim o de haver uma abertura a novas propostas de jurisdição constitucional, em especial a americana, no sentido de dar maior eficácia ao controle de constitucionalidade das leis.

No entanto, ressalta-se que a fiscalização da constitucionalidade, a par de inovações, mantém seus aspectos tradicionais como a competência exclusiva da Corte Constitucional e a análise feita sempre *in abstracto*.

II-3. O controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição imperial de 1824 não contemplava modelo de fiscalização de constitucionalidade como se reconhece atualmente. A guarda da Constituição era outorgada ao Poder Legislativo, reflexo da grande influência do constitucionalismo francês sobre o país, o qual tinha como dogma a separação de poderes¹¹⁰. Ademais, havia a presença do Imperador, detentor do Poder Moderador, a quem competia coordenar e supervisionar os demais Poderes do Império¹¹¹, tornando insipiente o controle de constitucionalidade das leis.

A Constituição provisória de 1890 (Decreto 510), alterando esse cenário, conferiu ao Poder Judiciário competência para a declaração da inconstitucionalidade, assim

¹⁰⁸CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 109.

¹⁰⁹FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 50.

¹¹⁰POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1998. p. 71

¹¹¹CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 81.

como o Decreto 848, do mesmo ano, que instituiu a Justiça Federal e disciplinou como competência do Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de lei¹¹².

Com o advento da República em 1891, nova Constituição entrou em vigor. Seguida das mudanças já propostas no ano anterior, somaram-se outras profundas modificações centradas no sistema de controle de constitucionalidade norte-americano, que passou a influir na nova ordem constitucional brasileira.

Adotou-se o controle difuso, de forma que todos os órgãos do Poder Judiciário detinham competência para afastar, mediante provocação incidental dos litigantes e em um caso concreto, norma considerada inconstitucional.

A Lei Federal n. 221, de 20 de novembro de 1894, explicitou ainda mais o sistema adotado¹¹³, tendo-se consagrado em seu art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

“Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Sedimentado estava, portanto, o sistema de controle constitucional brasileiro, de forma a não haver mais dúvidas “quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade¹¹⁴”. Diferentemente de sua inspiração, o modelo norte-americano, não se faria apenas por atividade jurisprudencial (definido no caso *Marbury v. Madison*), mas, sim, por determinação legal.

Em 1934 nova Constituição entrava em vigor, apresentando relevantes alterações na ordem da jurisdição constitucional. Mantendo o controle de constitucionalidade difuso e incidental, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente seria realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais¹¹⁵ evitando-se,

¹¹²CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 83.

¹¹³MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1096.

¹¹⁴MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 173.

¹¹⁵BRASIL. *Constituição Federal, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 15 ago 2012.

assim, “a insegurança jurídica decorrente das continuas flutuações de entendimento nos tribunais¹¹⁶”. A fórmula é hoje repisada no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, conhecida como cláusula de reserva de plenário.

Com efeito, atribuiu-se ao Senado Federal competência para suspender lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal como forma de obter a generalização dos efeitos da decisão¹¹⁷. A solução foi adotada como forma de suprir a lacuna deixada pela ausência da adoção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro.

Gilmar Mendes, em crítica ao instituto, discorre:

“A fórmula inovadora buscava resolver o problema relativo à falta de eficácia geral das decisões tomadas pelo Supremo em sede de controle de constitucionalidade. É possível, porém, que, inspirado no direito comparado, tenha o constituinte conferido ao Senado um poder excessivo, que acabaria por convolar solução em problema, com a cisão de competências entre o Supremo Tribunal e o Senado. É certo, por outro lado, que, coerente com o espírito da época a intervenção do Senado limitava-se à declaração de inconstitucionalidade, não se conferindo eficácia ampliada à declaração de constitucionalidade¹¹⁸”.

A representação interventiva, outra inovação da Carta Magna de 1934, confiava ao Procurador-Geral da República competência para provocar a atuação do Supremo Tribunal, de forma a assegurar a observância de princípios constitucionais pelos estados membros, condicionando-se a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado, à declaração de sua constitucionalidade pelo Pretório Excelso. Note-se, contudo, que o exame feito pelo Supremo Tribunal era unicamente jurídico¹¹⁹.

Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

¹¹⁶BARBOSA, 1962 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1096.

¹¹⁷BRASIL. *Constituição Federal, de 16 de julho de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em 15 ago 2012.

Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

¹¹⁸MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1096-1097.

¹¹⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. P. 177.

“A semente de um controle por via de ação germinava, como em 1934, na legitimação do Procurador-Geral da República em submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal um ato que, ferindo princípios constitucionais medulares de nossa organização republicana e federativa, fosse arguido de inconstitucionalidade¹²⁰”.

A Carta de 1937, editada sob o golpe de Getúlio Vargas e a instituição do Estado Novo, preservou a exigência de quórum especial, por meio da cláusula de reserva de plenário, para a declaração de inconstitucionalidade, mas se omitiu quanto à representação interventiva e à suspensão pelo Senado da execução da norma declarada inconstitucional.

No entanto, consagrou princípio, em seu art. 96, pelo qual caso fosse declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe de Executivo submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal¹²¹. Instituiu-se, assim, a supremacia do Poder Executivo, com a possibilidade de uma inusitada revisão da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Na Constituição de 1946 fora restaurada a tradição de controle sem a interferência do Poder Executivo, não sendo incluída a disposição constante do art. 96 da Constituição pretérita. Ademais, além da competência para julgar recursos ordinários, conferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a apreciação de recursos extraordinários¹²².

O papel do Senado de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal foi restaurado. Todavia, explicitou-se que a

¹²⁰BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros 2011. p. 329.

¹²¹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1098.

¹²²BRASIL. *Constituição Federal, de 18 de setembro 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 1º set. 2012.

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

- a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;
- b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;
- c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;
- d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

competência apenas surgiria quando da *decisão definitiva* da inconstitucionalidade. Foi restabelecida, ainda, a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para plena eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, a fiscalização abstrata da constitucionalidade de atos normativos federais e estaduais. A referida Emenda alterou dispositivo¹²³ da Constituição de 1946, acrescentando às competências originárias da Suprema Corte brasileira a de processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República¹²⁴.

“A via de ação tomou, em consequência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente para o exercício dessa ação o Procurador-Geral da República¹²⁵”.

Consagrada estava, portanto, a fiscalização abstrata de leis no ordenamento jurídico brasileiro, que veio a “somar aos mecanismos já existentes um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo¹²⁶”. Desta forma, a questão constitucional deixava de ser uma questão prejudicial e passava a ser a controvérsia principal do processo e, caso procedente, a decisão produziria efeitos gerais¹²⁷. O órgão do *parquet* era o único legitimado, à época, a ajuizar, via ação direta, representação de inconstitucionalidade para declarar inconstitucionais leis estaduais e federais.

¹²³BRASIL. *Constituição Federal, de 18 de setembro 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 1º set. 2012.

Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República

¹²⁴CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 88.

¹²⁵BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros 2011. p. 330.

¹²⁶MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1104.

¹²⁷BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127.

A Constituição de 1967/69 não trouxe grandes mudanças ao sistema de controle de constitucionalidade. O controle difuso manteve-se inalterado e a ação direta de inconstitucionalidade, com o consequente controle abstrato de normas, subsistiu tal como previsto na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16/65.

Com a Constituição de 1988 a fiscalização da constitucionalidade fora aperfeiçoada. O controle de constitucionalidade difuso, desde o início da República previsto no ordenamento jurídico brasileiro, fora mantido sem profundas alterações, já o controle de constitucionalidade abstrato sofreu expressivas mudanças.

A Constituição Cidadã sedimentou o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula do Poder Judiciário e garantidor da supremacia da Constituição, a ele competindo precipuamente sua guarda (art. 102, CF).

Ao se tratar das modificações concernentes ao controle abstrato, cita-se, primeiramente, a ampliação do rol de legitimados à propositura das ações objetivas, dando fim ao monopólio exercido pelo Procurador-Geral da República, conforme se verifica do art. 103 da Constituição Federal¹²⁸:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade
 I - o Presidente da República;
 II - a Mesa do Senado Federal;
 III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
 IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
 VI - o Procurador-Geral da República;
 VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
 VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
 IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, admitiu-se o ajuizamento pelos Estados-membros de ação direta para declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º). Instituiu-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 102, I, *q*). Exigiu-se a citação do Advogado-Geral da União para defender o ato impugnado, quando a apreciação for em tese

¹²⁸BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 ago 2012.

(art. 103, §3º) e reclamou-se a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 1º). Previu-se a criação de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 1º) e, por fim, alterou-se o recurso extraordinário, que passou a ter feição unicamente constitucional (art. 102, III).

As mudanças sofridas no âmbito de controle de constitucionalidade abstrato levaram a uma nítida prevalência desse mecanismo de efetivação jurisdicional da conformidade de uma norma com a Constituição, principalmente pela ampliação dos legitimados ao ajuizamento das ações de impugnação abstrata e do aumento de mecanismos aptos a garantir sua soberania.

“A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado¹²⁹”.

Contudo, não obstante a prevalência do modelo austríaco, o modelo americano de controle de constitucionalidade manteve-se presente na jurisdição constitucional brasileira, sendo seu fundamento.

Assim, há no Brasil um peculiar sistema híbrido surgido a partir da Emenda Constitucional 16/65 e caracterizador do modelo de controle de constitucionalidade nacional, qual seja a presença simultânea do controle concreto e difuso com o controle concentrado e abstrato.

II-3.1. Os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade abstrato

O controle de constitucionalidade concentrado e abstrato é figura recente no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante inspirado no modelo de Kelsen, suas características diferem em definidos e importantes aspectos dos idealizados pelo Mestre de Viena.

¹²⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade*, módulo V. Emagis, 2006. P. 19. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

Não se pode olvidar, por ora, que apesar da prevalência do controle de constitucionalidade abstrato na Constituição de 1988, o sistema brasileiro de conformidade de norma estadual ou federal com a Constituição tem fundamento no modelo norte americano, característica que faz com que o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil apresente peculiaridades.

No controle de constitucionalidade abstrato a atuação jurisdicional tem “o objetivo de tutelar, não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional¹³⁰”. No Brasil, apenas o Supremo Tribunal Federal é competente para realizar essa forma de fiscalização legal, contudo, diferentemente da Corte Constitucional kelseniana o Supremo Tribunal não analisa exclusivamente essas questões.

“A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas¹³¹”.

Por ser Tribunal Constitucional e órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é de sua competência tanto a análise de recursos quanto de discussões abstratas¹³² acerca da conformidade de norma ordinária com a Constituição.

Sendo abstrato, as controvérsias quanto à constitucionalidade de determinada norma levadas ao Supremo Tribunal Federal, atuando como Tribunal Constitucional, são independentes de sua incidência em suportes fáticos específicos¹³³. Assim, há

“(...) o julgamento da norma em tese, isto é, desprendida de um caso concreto, e, o que é muito importante, sem outra finalidade senão a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconvenientes. A proteção dos direitos individuais já era e continua sendo

¹³⁰ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 42.

¹³¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

¹³²Referimos-nos aqui à análise desvinculada de um caso concreto, como bem explanado por Mauro Cappelletti em seu livro *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 104.

¹³³ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 42.

assegurada pela via de defesa. Uma ação cujo único objeto é a perquirição do ajustamento da lei às disposições constitucionais repousa sobre fundamentos outros daqueles justificadores do controle constitucional pela via de exceção. Na verdade, é a preocupação de defesa do sistema jurídico, do direito objetivo enfim, que se encontra na base de tal instituto¹³⁴.

Conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal,

“o controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado exclusivamente à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade¹³⁵”.

Ainda no lastro de ser um processo objetivo, para dar efeito a esse modelo, nas ações desenvolvidas em sede de controle abstrato não figuram partes, no sentido estritamente processual, mas legitimados constitucionalmente (art. 103, CF) a suscitarem a manifestação do Supremo Tribunal Federal, atuando com o interesse específico de preservar o sistema jurídico. Quanto à legitimidade passiva, os sujeitos em face de quem a ação será proposta são as autoridades ou órgão legislativo responsáveis pela edição do ato impugnado.

“Trata-se (...) de ação que inaugura um “processo objetivo”. Um processo que se materializa, do mesmo modo que os demais como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo “objetivo”, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida. A idéia de Carnelutti segundo a qual “o processo é continente de que a lide é conteúdo” não se aplica ao processo mediante o qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, em geral, os legitimados ativos da ação direta não buscam, precipuamente, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).

A finalidade da ação direta de inconstitucionalidade não é propriamente a defesa de um direito subjetivo, ou seja, de um interesse juridicamente protegido lesado ou na iminência de sê-lo (...). A ação direta de inconstitucionalidade presta-se, antes, para a defesa da Constituição. A

¹³⁴ ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v.15, nº 57, p. 223-328, jan./mar. de 1978, p. 233. in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>. Acesso em 03 nov 2011.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1434*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1434&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 set 2012.

coerência da ordem constitucional e não a tutela de situações subjetivas consubstancia a finalidade primeira (mas não exclusiva) da apontada ação. Por isso consiste em instrumento de fiscalização abstrata de normas, inaugurando “processo objetivo” de defesa da Constituição¹³⁶”.

A decisão que afirma a inconstitucionalidade de uma norma em controle de constitucionalidade abstrato tem natureza declaratória, isso porque a decisão nada constitui ou desconstitui¹³⁷, apenas limita-se a constatar uma situação jurídica preexistente, a nulidade da norma.

Aqui devemos tecer considerações acerca da peculiaridade do sistema de controle de constitucionalidade abstrato nacional em face de sua matriz austríaca. Primeiramente, porque sempre “influenciado pela doutrina e jurisprudência americanas, o direito brasileiro acabou por definir que a inconstitucionalidade implica a nulidade da lei ou ato normativo¹³⁸”, diferenciando-se do modelo kelseniano no qual a inconstitucionalidade encerra a anulabilidade da norma.

Buzaid, em esclarecedor trecho citado por Clèmerson Merlin, ainda leciona que

“O fundamento da doutrina americana e brasileira está, pois em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei inconstitucional pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência da lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição¹³⁹”.

Outra particularidade concernente ao controle de constitucionalidade abstrato no Brasil diz respeito à natureza da decisão de inconstitucionalidade, qual seja

¹³⁶CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 142-143.

¹³⁷ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 48.

¹³⁸CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 243.

¹³⁹BUZAID, 1958 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 245.

declaratória¹⁴⁰, de forma que, “não inova na ordem jurídica, limitando-se a estabelecer certeza jurídica acerca de situação preexistente¹⁴¹”.

Pode-se afirmar, assim, ser a eficácia temporal da decisão *ex tunc*, retroagindo seus efeitos e nulificando todos os atos pretéritos à decisão, pois sob o pressuposto da supremacia da Constituição não se pode considerar válido ato normativo contrário à Carta Magna. Esse aspecto ainda caracteriza dissonância da matriz austríaca que, como demonstrado, considera uma norma como inconstitucional apenas desde quando assim decidido pelo Tribunal Constitucional.

Nesse sentido é a manifestação do STF:

“O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de “menor” grau de positividade jurídica guardem “necessariamente”, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e de consequente inaplicabilidade. Ato inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional¹⁴²”.

Impende destacar, ainda, que a possibilidade da modulação dos efeitos da decisão, opção consciente do legislador como fórmula alternativa à simples declaração de

¹⁴⁰Em contraste, no sistema austríaco a decisão de inconstitucionalidade é constitutiva-negativa, tendo o ato judicial poder de deconstituir a lei, produzindo a decisão eficácia *ex-nunc*.

¹⁴¹BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 265.

¹⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 652*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1529015>>. Acesso em 23 set 2012.

nulidade, normatizada por regra prevista no art. 27¹⁴³ da Lei 9.868/99, não compromete a doutrina afirmadora da nulidade da norma inconstitucional. Ao contrário, “reafirma a tese, pois deixa implícito que os atos praticados com base em lei inconstitucional são atos nulos e que somente podem ser mantidos em virtude de fatores extravagantes, ou seja, por razões de segurança pública ou de excepcional interesse social¹⁴⁴”.

Esse é, inclusive, um novo caminho que o controle de constitucionalidade vem a seguir, conforme se verifica da Exposição de Motivos do projeto que resultou na Lei 9.868/99.

“Coerente com a evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, do outro¹⁴⁵”.

Inicialmente não se contemplou a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* à decisão da Suprema Corte brasileira no controle abstrato de normas. O Tribunal limitava-se a informar ao Senado Federal sobre a decisão de inconstitucionalidade, cabendo a ele “decidir sobre a definitiva suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional¹⁴⁶”.

Contudo, a participação do Senado no processo de declaração de inconstitucionalidade em tese, não mais se verifica desde a já sedimentada jurisprudência¹⁴⁷ do Supremo Tribunal Federal, que entendeu dispensada a atuação da Casa Senatorial, tendo em vista a declaração em abstrato da inconstitucionalidade da norma produzir efeitos *erga*

¹⁴³BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 23 set 2012.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁴⁴ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 49.

¹⁴⁵BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 232-233.

¹⁴⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 319.

¹⁴⁷Entendimento adotado no Processo Administrativo 4.477/72. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1977_mai_16.pdf>. Acesso em 13 jul 2012.

omnes. O tratamento ainda encontra-se no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 178¹⁴⁸).

Desse modo, a decisão proferida pela Suprema Corte brasileira na fiscalização abstrata de constitucionalidade é oponível a qualquer pessoa, estendendo seus efeitos para além das partes residentes na relação processual objetiva¹⁴⁹, para todos aqueles possíveis destinatários da norma. Portanto, prescindível se faz a comunicação ao Senado Federal para o fim de emprestar eficácia geral à decisão do STF, disciplina do art. 52, X da Constituição Federal.

Imperioso ressaltar, ainda, que por ser *erga omnes* e vinculante¹⁵⁰ os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal, em sede de controle abstrato, caso não seguida pelos tribunais inferiores, há a possibilidade de juridicamente interessados ajuizarem reclamação constitucional com escopo de garantir a autoridade de suas decisões, disciplina do art. 13¹⁵¹ da lei 8.038/90.

Diante desses aspectos, a amplitude conferida à fiscalização abstrata de normas fez com que esse modelo de controle de constitucionalidade ganhasse prevalência no ordenamento jurídico nacional. No entanto, destaca-se que, apesar de sua inspiração austríaca, adaptou-se a características do sistema romano-germânico, ao qual o direito brasileiro é filiado, e a contornos do controle de constitucionalidade norte-americano, o qual sedimentou no ordenamento nacional a fiscalização concreta e difusa.

¹⁴⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF, 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>. Acesso em 01 out 2012.

Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos arts. 176 e 177, far-se-á comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII (Atual dispositivo da CF/1988: art. 52, X.), da Constituição.

¹⁴⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 240.

¹⁵⁰Importa ressaltar que não há submissão do Poder Legislativo ao efeito vinculante resultante de julgamento em fiscalização abstrata de constitucionalidade.

¹⁵¹BRASIL. *Lei n° 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm>. Acesso em: 09 set 2012.

Art. 13 - Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.

Nesse sentido, observa-se que o controle de constitucionalidade abstrato e concentrado, no Brasil, apresenta especificidades dissonantes de sua origem, mas mantém aspectos que o ligam a ele, como a existência de um órgão específico para solução das controvérsias, a suscitação da questão desvinculada de um caso concreto e a eficácia *erga omnes*, tão importante na redução de demandas ao Poder Judiciário e à segurança jurídica.

II-3.2. Os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade difuso

O controle de constitucionalidade difuso integra a tradição constitucional brasileira desde o advento da República. Inspirado no *judicial review* norte-americano, seu desenvolvimento “está intimamente ligado à garantia de acesso aos tribunais, isto é, aos meios e remédios à disposição dos cidadãos para garantirem a efetividade dos seus direitos e reagirem contra a violação destes¹⁵²”.

Sua nota democrática é muito marcante, pois qualquer pessoa pode atuar, solicitando ao Poder Judiciário a análise da constitucionalidade. Inclusive a inconstitucionalidade pode ser suscitada, além das partes, pelo Ministério Público ou, de ofício, pelo próprio juiz, “até porque não existe matéria de ordem pública mais relevante que a (in) constitucionalidade de uma lei¹⁵³”.

No controle de constitucionalidade difuso todo e qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever de atuar, de forma que, os juízes ordinários detém competência para conhecer e julgar as questões de constitucionalidade¹⁵⁴. Mauro Cappelletti leciona, ainda, ser função de todo e qualquer juiz “interpretar as leis, a fim de aplicá-las aos casos concretos de vez em vez submetidos a seu julgamento¹⁵⁵”.

O controle de constitucionalidade concreto, como se apresenta no Brasil, desenvolve-se “pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de

¹⁵²RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 281.

¹⁵³STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 365.

¹⁵⁴TAVARES, André Ramos e outros. *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 181.

¹⁵⁵CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 75.

dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário¹⁵⁶”.

Nesse sentido, surge na tutela de uma pretensão subjetiva, contudo não se apresenta como objeto da causa, não é a providência postulada¹⁵⁷. A questão constitucional a ser debatida é, portanto, questão prejudicial, devendo ser decidida previamente “como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal¹⁵⁸”.

“Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica¹⁵⁹”.

Conforme entendimento já firmado no Supremo Tribunal Federal,

“a tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º)¹⁶⁰”.

Por força do princípio da reserva de plenário (art. 97, CF), a declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser feita pela maioria absoluta dos membros do Tribunal¹⁶¹. Contudo, se já houver pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de órgão especial de Tribunal acerca da inconstitucionalidade de uma norma, os juízes e órgãos fracionários dos Tribunais não devem submeter ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, dicção do parágrafo único do artigo 481 do CPC.

¹⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1130.

¹⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

¹⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

¹⁵⁹MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 200.

¹⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.434*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1434&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 22 set 2012.

¹⁶¹Saliente-se que a norma se aplica tanto em sede de controle difuso quanto concentrado, como se pode verificar no julgamento do AI-AgR472.897, DJ de 26-10-2007.

Impende destacar que o pronunciamento a que se refere é tomado em sede de controle de constitucionalidade difuso, não configurando um precedente de forma a haver vinculação à decisão, como se percebe no controle de constitucionalidade americano.

No entanto, um novo caminho vem sendo seguido, como se pode observar em acórdão proferido no recurso extraordinário 190.728, no qual a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal afirmou a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao plenário do Tribunal, desde que já houvesse pronunciamento sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma questionada.

“Tal posição sinaliza com (ainda que tímida) a equiparação entre efeitos da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle incidental com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*¹⁶²”.

As decisões judiciais proferidas em sede de controle concreto tem sua força vinculante limitada às partes envolvidas no litígio, diz-se, portanto, ser *inter partes* o efeito decorrente da declaração de inconstitucionalidade.

Assim, as decisões em que haja a apreciação da questão constitucional como fundamento para o juízo de procedência ou improcedência deduzido na demanda¹⁶³, repercutem seus efeitos apenas entre as partes do processo. De forma que “a lei, anulada em favor dos que litigam, continua em pleno vigor, em plena efetividade para os demais membros da coletividade¹⁶⁴”.

Nesse sentido, a sistemática brasileira referente aos efeitos subjetivos da decisão que declara a inconstitucionalidade, pode ser delimitada da seguinte forma:

“o tribunal, no exercício de sua função de aplicador do direito, deixa de aplicar em relação à *litis* a lei inconstitucional, o que, porém, não vem afetar sua obrigatoriedade em relação aos demais não participantes da questão

¹⁶²MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1137.

¹⁶³ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 30

¹⁶⁴ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v.15, nº 57, p. 223-328, jan./mar. de 1978, P. 241. in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>, acesso em 03 nov 2011.

levada à apreciação pelo Poder Judiciário, de tal forma que, continuando a existir e obrigar no universo jurídico, todas as pessoas que queiram que a elas se estenda o benefício da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico, devem postular sua pretensão junto aos órgãos do Judiciário, para que possam eximir-se do seu cumprimento, já que em nosso sistema, as decisões judiciais tem seu alcance limitado às partes em litígio (...)¹⁶⁵”.

O direito brasileiro adotou a teoria da nulidade da norma inconstitucional, de forma que, sendo assim declarada, é nula de pleno direito e seus efeitos devem ser desconstituídos desde a sua entrada em vigor.

Nesse sentido, por declarar uma nulidade, a decisão de inconstitucionalidade “reveste-se, ordinariamente, de efeito *ex-tunc*, retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido como incompatível com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶”.

O entendimento se coaduna com a doutrina americana demonstrada no caso *Marbury vs. Madison* e adotada no Brasil, no qual restou assente que “*the unconstitutional statute is not law at all*”. Ao admitir-se que uma norma inconstitucional produza efeitos, estar-se-ia negando a supremacia da Constituição. Canotilho, perfilhando este entendimento, leciona que:

“remontando aos postulados positivistas da *unidade da ordem jurídica* e da *ausência de contradições do ordenamento jurídico* e pressupondo, mais ou menos explicitamente, uma *teoria gradualista das fontes de direito*, a regra da nulidade *ipso jure* é uma dedução perfeitamente lógica: as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito porque, desde o início, violam a norma ou normas hierarquicamente superiores da constituição. Nesta perspectiva, a nulidade *ipso jure* das leis é, no fundo, uma concretização do princípio da hierarquia das normas (*lex superior derogat legi inferiori*)¹⁶⁷”.

Alternativa dissonante das regras referidas anteriormente – eficácia *inter partes* e efeito *ex-tunc* – diz quanto à possibilidade de, em sede de controle difuso, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão apresentar eficácia geral, *erga omnes*, e efeito prospectivo, *ex-nunc*.

¹⁶⁵FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 190-191.

¹⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 353508/RJ*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2047814>>. Acesso em 22 set 2012.

¹⁶⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 878.

Para atingir os efeitos mencionados, necessário se faz o uso de um instrumento previsto na Carta Magna, que outorga ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, regra prevista no artigo 52, X da Constituição Federal. O mecanismo pelo qual a Casa Senatorial suspende a execução da norma é a resolução.

“(...) porque se o Supremo Tribunal Federal é o senhor da constitucionalidade no curso das relações processuais concretas, o Senado Federal é o senhor da generalidade de tal decisão no controle concreto e difuso de constitucionalidade, justamente com a finalidade de manter a convivência entre ambos os sistemas de controle de constitucionalidade unificados sob nossa ordem constitucional¹⁶⁸”.

Dessa forma, embora, a rigor, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade incidental no modelo brasileiro seja *inter partes*, pela atuação do Senado Federal, a decisão do Supremo poderá ter seus efeitos estendidos, atingindo eficácia *erga omnes*.

No entanto, o atual cenário da jurisdição constitucional brasileira demonstra que, inegavelmente, a competência conferida ao Senado Federal importa uma análise sob um novo prisma. Isto porque o poder constituído de revisão dotou a Suprema Corte de instrumento hábil a, sem reduzir o Senado Federal a órgão competente para mera publicação do ato, emprestar eficácia *erga omnes* às suas decisões. Trata-se da súmula vinculante.

Importa, assim, analisar a coerência do papel do Senado Federal na extensão dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal frente à súmula vinculante na atual jurisdição constitucional brasileira.

¹⁶⁸MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 128-129.

III. O SENADO FEDERAL E A SÚMULA VINCULANTE

III-1. O papel das resoluções editadas pelo Senado Federal na complementação dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

O Senado Federal é órgão do Poder Legislativo e exerce as funções fiscalizatória e legiferante. A edição de atos normativos primários ou de leis mais complexas, que instituem direitos e criam obrigações, é sua função típica¹⁶⁹.

O artigo 59 da Constituição Federal de 1988 elenca os instrumentos normativos pelos quais o Poder Legislativo exteriorizará sua função legiferante. Cuida das emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

A resolução é um dos instrumentos do processo legislativo por meio da qual o Senado Federal exerce suas competências privativas constitucionais, constantes do artigo 52 da Constituição Federal, não se submetendo a veto do Chefe do Executivo¹⁷⁰. Segundo Paulo Napoleão “é certo que a resolução é o meio destinado pela Constituição ao órgão para exercitar sua competência privativa de natureza extralegislativa em sentido estrito¹⁷¹”.

A resolução tem papel fundamental no controle de constitucionalidade difuso¹⁷², pois é através dela que se exterioriza a disciplina do artigo 52, X da Constituição Federal de 1988, segundo o qual o Senado detém competência para suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

¹⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 901.

¹⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 901.

¹⁷¹SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 108.

¹⁷²Impende destacar, contudo, que ao participar do controle de constitucionalidade difuso o Senado age como órgão nacional e não federal, pois sua competência para suspender leis engloba tanto as federais como as estaduais, distritais e municipais.

É função do Senado atuar para dar efeitos gerais ao que era restrito aos litigantes processuais, de forma que a decisão judicial, proferida pela Corte Constitucional, que possuía apenas efeitos *inter partes*, passe a produzir efeitos *erga omnes*.

Nesse sentido, constata Gilmar Mendes que “eventual extensão da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal há de depender sempre do pronunciamento do Senado Federal¹⁷³”, acrescente-se que em sede de controle concentrado e abstrato é prescindível a atuação da Casa Senatorial.

A inserção da resolução no ordenamento justificou-se pela ausência de mecanismos aptos a conferirem efeitos gerais à decisão de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, em um cenário no qual inexistiam ações de impugnação abstrata.

Houve a percepção, ao longo do tempo, da desnecessidade de reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal manifestar-se acerca da mesma matéria. No entanto, a tradição romano-germânica, no direito nacional, impedia a atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões judiciais¹⁷⁴, como se visualiza no modelo norte-americano, onde há a presença do *stare decisis* e a vinculação da decisão para os demais órgãos judiciais.

Nesse cenário o Senado Federal, órgão, à época¹⁷⁵, ao qual se atribuía a coordenação dos poderes (art. 88, CF 1934) ficou responsável pela suspensão da eficácia da norma inconstitucional.

Nesse sentido, Paulo Brossard leciona

“com efeito, entre os sistema do julgamento *in casu*, e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 34, sem abandonar o sistema de inspiração norte-americana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência europeia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de “coordenação entre os poderes”, a faculdade de, em face de e com base em julgado definitivo do

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. de 1997. p. 29. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220>>. Acesso em 06 set 2012.

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 151.

¹⁷⁵ Referimos-nos aqui à época na qual se instituiu a competência do Senado Federal, qual seja a Constituição de 1934.

Supremo Tribunal Federal, que vincula apenas os litigantes, estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto. Os efeitos do julgado são jurídicos e particulares; os da decisão do Senado são políticos e gerais¹⁷⁶.

À respeito, Sérgio Resende de Barros argumenta que “nos termos do controle difuso brasileiro, portanto, o Supremo Tribunal Federal é senhor da constitucionalidade e o Senado Federal é o senhor da generalidade¹⁷⁷”. Nesse sentido,

“ao atribuir ao Senado Federal a competência para suspender a execução da lei ou ato normativo declarado inconstitucional, o constituinte nacional manteve o controle concreto e resolve o problema da eficácia *erga omnes* das decisões de inconstitucionalidade, substituindo a força vinculante das decisões judiciais (própria dos sistemas da Common Law), pela resolução suspensiva do Senado, que retira a eficácia da norma tida como inconstitucional e, conseqüentemente, generaliza os efeitos da decisão judicial, beneficiando todos que se encontrem na mesma situação jurídica¹⁷⁸”.

Ao longo do tempo, seu papel de coordenador deixou de existir, passando o Senado a órgão do Poder Legislativo¹⁷⁹. Contudo, mesmo com a mudança, a competência da Casa Senatorial manteve-se nas Constituições que se seguiram à de 1934. A justificativa então dada para sua atribuição de editar resolução com fulcro em suspender a eficácia da lei não compatível com a Constituição teve assento na separação dos poderes, devendo-se atribuir ao editor da lei a competência para retirá-la do ordenamento jurídico¹⁸⁰.

“a intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica, a lógica no controle

¹⁷⁶BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. P. 61. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em 13 jul 2012.

¹⁷⁷BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. de 2003. p. 234. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/858>>. Acesso em 08 set 2012.

¹⁷⁸PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. JEUVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*. n. 10, jan/dez 2006. P. 76.

¹⁷⁹SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 100.

¹⁸⁰Impende destacar que a edição de resolução pelo Senado Federal não retira o vigor da lei, continuando está a vigorar, no entanto, a suspensão deferida pelo órgão legislativo suspende a eficácia da norma que tem seus efeitos paralisados.

concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviverem em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exequibilidade à lei, porém não a revoga¹⁸¹”.

A natureza da resolução emitida pelo Senado Federal, que terá o condão de suspender a eficácia de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, não encontra entendimento unânime na doutrina¹⁸². A controvérsia refere-se à natureza política ou jurídica da resolução, porquanto editada por órgão do Poder Legislativo, mas com alcance jurídico capaz de suspender a execução de lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

A resposta à controvérsia cinge-se à obrigatoriedade, ou não, de o Senado atuar, questão que também se reveste de divergentes posições doutrinárias. A objeção tangencia-se em saber se a competência que lhe é atribuída reveste-se de um dever jurídico, tendo caráter vinculado ou, se há discricionariedade na atuação do Senado, podendo ele analisar a conveniência e oportunidade de agir, configurando expressão de natureza política.

As duas principais correntes doutrinárias são opostas entre si. A primeira defende a absoluta vinculação do Senado em suspender a norma declarada inconstitucional, não atravessando qualquer esfera de opção. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

¹⁸¹ BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. de 2003. p. 236. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/858>>. Acesso em 08 set 2012.

¹⁸² Prado Kelly, a quem se deve a iniciativa de introduzir o instituto na Constituição de 1934, entende ser “um ato político, de alcance normativo”. Já o Ministro Gilmar Ferreira Mendes defende ser “ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto”. Para Teori Zavascki a resolução tem “natureza normativa, já que universaliza um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”. Paulo Napoleão Nogueira defende que “(...) o ato de suspender a execução de um diploma legal é eminentemente político, e portanto, de conveniência. Tanto assim que, nenhuma sanção ou consequência positiva de qualquer natureza se conhece para o caso de tal ato deixar de ser praticado”. Ronaldo Poletti considera que “a extensão dada a uma decisão judicial tem, evidentemente, um caráter político, sobretudo tratando-se de suspender a execução de lei inconstitucional, mas, sem dúvida, se aproxima mais da função jurisdicional do Estado, a qual, como se sabe, não é exercida com exclusividade pelo Judiciário, do que a função legislativa”.

para quem a “(...) suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória¹⁸³”.

A outra, em oposição, defende a total possibilidade de análise de conveniência e oportunidade, de forma que o Senado “não está obrigado a editar a resolução suspensiva¹⁸⁴”. Ele é “juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele, e só a ele atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁵”.

Dentre essas posições, a que prevalece é a última citada, na qual a atuação do Senado é considerada não obrigatória, de forma que mesmo havendo a previsão constitucional (art. 52, X, CF), o órgão não está obrigado a emitir resolução que suspenderá a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, tratando-se, portanto, de ato discricionário, de natureza política.

Não de hoje essa é a orientação adotada pelo Senado “tendo-se competente para emitir ou deixar de emitir o ato suspensivo, de acordo com o seu entendimento¹⁸⁶”. No ano de 1971 a Casa Legislativa emitiu o Parecer n. 174 no qual se convencionou que

“ao Senado Federal, na atribuição que lhe foi dada de suspender a execução de lei ou decreto declarado inconstitucional (...), não só cumpre examinar o aspecto formal da decisão declaratória da inconstitucionalidade, verificando se ela foi tomada por *quorum* suficiente e é definitiva (...), mas também indagar da conveniência dessa suspensão¹⁸⁷”.

Em estudo publicado no ano de 1976, o Senador Accioly Filho, defendendo a discricionariedade do Senado em editar resolução, assentou que

¹⁸³ FERREIRA FILHO, 2002 *apud* PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*. N. 10, jan/dez 2006. p. 84.

¹⁸⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 121.

¹⁸⁵ BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. p. 64. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em 13 jul 2012.

¹⁸⁶ PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*. N. 10, jan/dez 2006. p. 85.

¹⁸⁷ *Revista de Informação Legislativa*, v. 48 *apud* TAVARES, André Ramos. O Modelo Brasileiro de Controle Difuso-Concreto da Constitucionalidade das Leis e a Função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, n. 819, jan. 2004, p. 45-64. p. 62.

“essa participação do Senado, na decisão de inconstitucionalidade de leis ou atos, assume aspectos de maior grandeza, quando se verifica que ele não está restrito a homologar o julgado do Supremo, mas pode deixar de suspender a execução de leis ou atos, se entender que essa é a solução politicamente mais conveniente à nação¹⁸⁸”.

Este é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso claramente no Mandado Segurança 16.512, no voto do Ministro Aliomar Baleeiro, para quem “o papel do Senado Federal não é o de um simples carimbo de borracha das decisões do Supremo Tribunal, ele tem uma opção política de achar conveniente suspender ou não (...)”¹⁸⁹, e no voto do Ministro Victor Nunes que considera que “o Senado pode (...) julgar da oportunidade de suspender ou não a execução de lei que tenhamos declarado inconstitucional¹⁹⁰”.

Aliás, a discricionariedade conferida ao Senado para emitir resolução a fim de suspender a execução da norma inconstitucional é corroborada pela inexistência de prazo para sua deliberação, não havendo, ainda, sanção pela sua omissão¹⁹¹.

Imperioso destacar que, a despeito da discricionariedade conferida ao Senado para suspender a execução da norma declarada inconstitucional, o órgão legiferante “não entra no mérito da inconstitucionalidade para reapreciá-la. Não invade competência alheia. Não rejeita a decisão do Supremo Tribunal Federal. Não desdiz a inconstitucionalidade dita pela corte constitucional¹⁹²”.

¹⁸⁸FILHO, Accioly. Por que o Senado? *Revista de Informação Legislativa*, v.13, nº 52, p. 95-102, out./dez. de 1976. P. 102. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180976>>. Acesso em 08 set 2012.

¹⁸⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 16.512*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410>>. Acesso em 21 set 2012.

¹⁹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 16.512*. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410>>. Acesso em 21 set 2012.

¹⁹¹CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. P. 120.

¹⁹²BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. de 2003. P. 236. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/858>>. Acesso em 08 set 2012.

Assim, apenas analisa a conveniência e oportunidade para estender a eficácia da decisão a todos, *erga omnes*, não podendo, “nessa medida, negar-se a dar cumprimento sob a alegação de que o Supremo Tribunal julgou mal¹⁹³”.

Hodiernamente, a atuação do Senado mantém-se como apresentado. Contudo, uma nova corrente doutrinária vem surgindo, capitaneada pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de dar uma nova leitura à competência da Casa Legislativa para editar resolução que suspenderá a eficácia da norma inconstitucional.

O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335, analisada no capítulo I, evidencia esse novo caminho, ao propor que a atuação do Senado é hoje de índole meramente histórica, pois o Supremo Tribunal Federal detém mecanismos aptos a conferir eficácia *erga omnes* às suas declarações em controle difuso, sem a necessidade de edição de resolução.

A Emenda Constitucional n. 45/04 proporcionou a autonomia do Supremo no que tange às declarações em controle difuso no momento em que disciplinou a edição de súmula vinculante pela Corte Constitucional.

Nesse sentido, a necessidade de comunicação ao Senado, para editar resolução, esvazia-se frente à possibilidade de o Supremo Tribunal conferir eficácia *erga omnes* às suas decisões, tomadas em sede de controle difuso, pela edição de súmula vinculante.

III-2. A súmula vinculante como mecanismo de ligação entre os controles de constitucionalidade concreto e abstrato

A súmula da jurisprudência dominante, com efeito vinculante, pode ser reconhecida como “a possibilidade de construção de enunciados que sintetizem o entendimento (interpretação) anterior do Tribunal Constitucional¹⁹⁴”, vinculando a ele e aos demais órgãos jurisdicionais. Assim, são

¹⁹³TAVARES, André Ramos. O Modelo Brasileiro de Controle Difuso-Concreto da Constitucionalidade das Leis e a Função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, n. 819, jan. 2004, p. 45-64. p. 61.

¹⁹⁴TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 383.

“deliberações obrigatórias, proferidas por tribunais supremos, em decorrência de exame reiterado de casos concretos, em que é eleita uma interpretação (ou um conjunto de interpretações) de dado preceito normativo, a ser seguida por órgãos da jurisdição e por quaisquer outros agentes do Estado que tenham dentre seus misteres a aplicação do Direito¹⁹⁵”.

A súmula deita suas raízes nos precedentes (*stare decisis*) do *common law*¹⁹⁶, no qual a primeira decisão sobre o caso (*leading case*) orienta as demais decisões que virão a ser tomadas nos outros casos a serem julgados.

Dessa forma, “o precedente haverá de ser seguido nas posteriores decisões, como paradigma¹⁹⁷”, num sentido de oferecer maior segurança para as relações jurídicas, ao haver maior previsibilidade na aplicação do Direito.

A jurisprudência, no *common law*, constitui fonte básica de criação do Direito, ultrapassando a lide entre as partes¹⁹⁸. Como princípio basilar, o *stare decisis* tem por escopo a manutenção do equilíbrio, através do tratamento igualitário dos jurisdicionados que litigam por razões semelhantes, de maneira que as decisões pronunciadas manterão uma lógica que proporcionará ordem e uniformidade no sistema.

O alcance da regra do precedente, no entanto, não é absoluto, conforme demonstramos no capítulo II. Assim, opostamente ao que aparenta, há a necessidade do julgador avaliar o precedente, de forma a

“distinguir, de um lado, o que constitui a ideia nuclear num julgado – a *ratio decidendi* – que é o que constituirá o *precedent* para solucionar o caso análogo, e, de outro lado, aquilo que vem exposto *incidenter tantum* no julgado, isto é, a título de considerações periféricas, marginais – *obiter dicta*¹⁹⁹”.

¹⁹⁵NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

¹⁹⁶A análise do *common law* aqui traçada refere-se mais especificamente à desenvolvida nos Estados Unidos que contempla um modelo mais flexível que o desenvolvido na Inglaterra, de maneira a possibilitar que a Corte aperfeiçoe seus posicionamentos ao longo do tempo e, por vezes, o supere ao identificar o seu não encaixe na solução de conflitos e controvérsias.

¹⁹⁷TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 384.

¹⁹⁸STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro*: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59.

¹⁹⁹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 197.

Nesse sentido, não há submissão forçada às decisões anteriores, pois o juiz pode interpretar de modo restritivo (*restrictive distinguishing*) ou ampliativo (*ampliative distinguishing*) o precedente, verificando se o caso analisado pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

Assim, pelo método do *distinguishing*, “o precedente, para produzir eficácia vinculante, deve guardar absoluta pertinência substancial com a *ratio decidendi* do caso sucessivo, ou seja, deve ser considerado um *precedent in point*²⁰⁰”.

Há também a possibilidade de as cortes superiores negarem aplicação ao precedente, através do *overruling*, pela consideração de sê-lo ultrapassado ou equivocado, não se compatibilizando com a evolução do direito, dos costumes ou da sociedade naquele momento ou de, por meio do *overstatement*, adaptar o precedente às novas circunstâncias que nele refletem como se passasse por um processo de modernização²⁰¹.

Nesse contexto, verifica-se que a vinculação, através do *stare decisis*, ao que decidido pela Suprema Corte não é absoluto, de forma engessar o Poder Judiciário, permitindo “conciliar a necessidade de evolução do Direito com os ideais de segurança jurídica²⁰²”.

Aos juízes é garantido, através dos mecanismos do *distinguishing*, do *overruling* e do *overstatement*, a análise do precedente de forma a possibilitar seu enquadramento no caso concreto que está a ser analisado, ou de afastá-lo caso não haja conformidade entre o novo caso e o *leading case*. Contudo, impende destacar ser majoritária a aplicação dos precedentes, frente aos mecanismos que possibilitem a sua não adoção.

Os países de ordenação romano-germânica centram-se no Direito legislado. Dessa forma, partem de modelos gerais, que devem ser obedecidos caso a caso, através da

²⁰⁰TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 174.

²⁰¹NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

²⁰²NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

interpretação pelos operadores do Direito, para “subsequente subsunção aos fatos concretos e final resolução das controvérsias”²⁰³.

Nos países cuja formação jurídica remonta às fontes romano-germânicas, como o Brasil, a lei é fonte de direito por excelência, ao passo que à jurisprudência reserva-se um papel secundário²⁰⁴. Nesse sentido, leciona René David

“A diferença reside unicamente no fato de, no âmbito da família romano-germânica, se procurarem descobrir as soluções de justiça do direito pelo recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei, enquanto na família da *common law* se pretende o mesmo resultado, utilizando uma técnica que toma prioritariamente em consideração as decisões judiciais. Disso resulta, nas duas famílias uma análise diferente da regra de direito, concebida sob um aspecto legislativo doutrinal nos países da família romano-germânica e sob um aspecto jurisdicional nos países de *common law*”²⁰⁵.

Mauro Cappelletti em sua obra “Juízes legisladores?”, relaciona fatores que fazem com que a autoridade da jurisprudência seja menos visível nos países de ordenação romano-germânica, em comparação aos países que seguem a tradição do *common law*, a saber:

“(...) essencialmente cuide-se de diferença formal e não substantiva. Ela é exatamente, a consequência lógica das diferenças estruturais-organizativas, processuais e de sociologia judiciária (...). A estrutura mais diluída dos tribunais, o grande número de decisões irrelevantes que, no plano da tendência geral, fazem cair no esquecimento as pouco relevantes, o tipo de magistrados mais anônimos e “dirigidos para a rotina” (...)”²⁰⁶.

Ressalte-se, ainda, que no sistema romano-germânico há a tendência de identificar “o direito com a lei”²⁰⁷, de maneira que, mesmo frente a lacunas, o juiz apenas

²⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 200.

²⁰⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 185.

²⁰⁵ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 122.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 123.

aplica a lei, subsumindo o fato à norma. A jurisprudência, assim, é fonte secundária ou subsidiária nos ordenamentos jurídicos de filiação romano-germânica²⁰⁸.

Ao contrário, nos países de ordenação *common law*, “o direito legislativo é visto em certo sentido como fonte excepcional do direito²⁰⁹” e, frente a lacunas legislativas, o julgador sabe que “sempre há, para além da lei, o “*common law*”, ou seja, o direito desenvolvido pelos próprios juízes, que disciplinará as relações jurídicas das partes (não disciplinadas pela lei)²¹⁰”.

Diante do perfunctório registro acerca da diferenciação dos sistemas *common law* e romano-germânico quanto as fontes do Direito, observa-se que, na primeira família, a jurisprudência situa-se no mais alto nível das fontes jurídicas, ao passo que, na ordenação romano-germânica, a lei é a fonte primeira.

Nessa linha, traçadas algumas diferenças no que concerne ao papel dos precedentes ou da jurisprudência nos modelos *common law*²¹¹ e romano-germânico, importa analisar a atual tendência, já registrada por Victor Nunes Leal, de uma atenuação progressiva da diferença entre os regimes da *common law* e romano-germânico, de forma a assemelharem-se,

“cada vez mais, os problemas judiciários que eles e nós enfrentamos. De uma parte, vai se ampliando, dia a dia, nos Estados Unidos, a área coberta pela legislação (*Statute*); de outra, entre nós, o lento ritmo das codificações não dá vazão à nossa pletera de leis extravagantes, o que transpõe o seu ordenamento sistemático para o plano da Jurisprudência. Partimos, assim, de pontos distanciados, mas estamos percorrendo caminhos convergentes, sendo aconselhável a comparação dos métodos que uns e outros vamos imaginando para espancar o pesadelo da sobrecarga judiciária, que nos é comum²¹²”.

Mauro Cappelletti, também em observância a essa transição e tendência de aproximação dos sistemas jurídicos da *common law* e do romano-germânico, analisa que, “se

²⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 149.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 123.

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 123.

²¹¹ Reiteramos, aqui, que a ideia proposta no que se refere ao *common law* tange-se ao seu desenvolvimento nos Estados Unidos.

²¹² LEAL, 1997 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 202-203.

é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de “Civil Law” verifica-se o aparecimento do moderno fenômeno (...) do aumento da criatividade da jurisprudência (...)”²¹³.

Nesse contexto, a súmula vinculante, *a priori*, constitui ferramenta para a tarefa do controle de constitucionalidade, contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, que adota o sistema romano-germânico, apresenta-se também como instrumento de ligação deste com o *common law* e, em consequência, entre os controles de constitucionalidade difuso e concreto e o concentrado e abstrato.

Consagrada com Emenda Constitucional n. 45, de 2004, a súmula vinculante, disposta no art. 103-A²¹⁴ da Constituição Federal e na Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, é mecanismo que se situa a meio-caminho entre a jurisprudência e a lei, sendo mais que aquela e menos que esta²¹⁵. Segundo Muscari, ainda,

“com a jurisprudência guarda similitude pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem. Assemelha-se à lei pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio”²¹⁶,

Com o enunciado sumular busca-se “obter a maturação da questão controvertida com a reiteração das decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada”²¹⁷. Essa é a

²¹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 123.

²¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 15 set 2012.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

²¹⁵ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 53.

²¹⁶ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 53.

²¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1006.

contrapartida do sistema *common law*, em que uma única decisão é apta a constituir precedente a ser seguido pelos demais tribunais.

A súmula vinculante surge a partir de reiteradas decisões, inferindo-se que advém do controle difuso e concreto, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a vincular diretamente órgãos judiciais e da administração pública aos seus enunciados. Para garantir a autoridade de sua previsão será cabível o ajuizamento de reclamação constitucional, disciplina do art. 7º, da lei 11.417/06.

Dessa forma, observa-se que através da súmula vinculante o Supremo Tribunal Federal explicita a *ratio decidendi* dos seus julgados, que passa a vincular casos jurídicos subsequentes que se amoldem ao enunciado sumular.

Gilmar Mendes, ainda demonstrando a aproximação da súmula vinculante com o modelo norte-americano, através do uso de técnica que pode afastar sua vinculatividade, sugere que

“não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante²¹⁸”.

Observa-se semelhança entre sistema adotado no Direito pátrio e o *common law* acerca da vinculação aos precedentes, de forma a comportar uma análise pelo magistrado do encaixe da situação fática ao *precedent* ou à súmula vinculante.

O instituto da súmula vinculante contribui para a objetivação do controle de constitucionalidade, no sentido de aproximar cada vez mais sua modalidade concreta, em regra, *inter partes* e típica do sistema romano-germânico, à abstrata, com efeito *erga omnes*, presente na *common law*.

“nota-se uma preocupação em fazer com que as decisões tomadas num litígio, transborde seus efeitos para indivíduos que não fizeram parte do processo, mas que de uma forma ou de outra, possuem vínculo com o litígio

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 1008.

e, portanto, merecem tratamento paritário pelo Judiciário. Aqui, pois, a mesma concepção inspiradora do *stare decisis*²¹⁹”.

Retomando a discussão central deste trabalho, em análise à Reclamação 4335, o Ministro Gilmar Mendes propõe que o desenvolvimento da súmula vinculante no Direito pátrio reforça a ideia de “superação do referido art. 52, X, da CF, na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem qualquer interferência do Senado Federal²²⁰”.

A despeito dessa proposta, inegável admitir que a súmula vinculante dispense a atuação do Senado Federal através da possibilidade de o próprio Supremo Tribunal dotar de eficácia *erga omnes* sua decisão proferida em sede de controle difuso, por mecanismo que vincula todos os órgãos jurisdicionais e a administração pública.

Não obstante o atual caminho que a jurisdição constitucional brasileira vem demonstrando seguir, no que tange à objetivação do controle de constitucionalidade, através da convergência de mecanismos de seu enraizado modelo romano-germânico e difuso-concreto com a *common law*, pelo aumento gradativo do controle abstrato-concentrado, há que se observar a manutenção da coerência interna do sistema e a escolha do constituinte originário quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, atribuindo ao Senado Federal a competência para suspender a execução da norma declarada inconstitucional.

O poder constituído reformador, ademais, ao conferir ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de editar enunciados sumulares vinculantes, permitiu que, quando de seu interesse, a Corte Constitucional poderia conceder eficácia *erga omnes* à determinada jurisprudência, vez que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade²²¹ apoia-se nas raízes do sistema romano-germânico, no que toca à jurisprudência e na sua vinculação limitada às partes litigantes.

Nesse sentido, é o voto do Ministro Joaquim Barbosa na Reclamação 4335:

²¹⁹PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. p. 17. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 19 set 2012.

²²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

²²¹Neste ponto nos referimos ao controle de constitucionalidade desenvolvido de forma difusa e concreta.

“(…) se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito. Esse dado me basta para que se mantenha a leitura tradicional do dispositivo, segundo o qual a declaração de inconstitucionalidade pelo STF autoriza o Senado a determinar a suspensão de sua execução, pelas razões políticas que os Srs. Senadores entenderem pertinentes. Isto porque o dispositivo trata de uma autorização ao Senado, não de uma faculdade de cercear a autoridade do STF²²²”.

Sob tais aspectos, aponta-se a súmula vinculante como instrumento que aproxima o controle de constitucionalidade realizado pela modalidade concreta com o realizado abstrativamente, no ponto em que através de reiteradas decisões obtidas em casos concretos, nos quais se apresentam divergências atuais, a Suprema Corte brasileira pode dotar sua orientação jurisprudencial de efeitos *erga omnes* e vinculantes, como se observa no controle de constitucionalidade abstrato e no *stare decisis*.

III-3. A súmula vinculante como instrumento limitador da transformação do controle de constitucionalidade concreto em abstrato no Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal reúne as funções de órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional e de Tribunal Constitucional, sendo de sua alçada tanto a análise recursal em questões concretas quanto à análise abstrata de normas que estão a ferir a Constituição Federal, assemelhando-se à Corte Constitucional idealizada por Hans Kelsen, guardadas as devidas peculiaridades já analisadas.

Nesse jaez, a súmula vinculante figura-se como instrumento aproximador dos efeitos da decisão do controle de constitucionalidade abstrato, à decisão em sede de controle difuso, como a que se está a analisar, suscitada na Reclamação 4335.

Como demonstrado alhures, a possibilidade de editar enunciado sumular vinculante, atribuída ao Supremo Tribunal Federal pelo poder constituído reformador por meio da Emenda Constitucional 45/04, permitiu à Corte Constitucional emprestar, autonomamente, eficácia geral, *erga omnes*, às suas reiteradas decisões em sede de controle difuso e concreto, prescindindo da atuação do Senado Federal.

²²²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Documento ainda não disponível publicamente.

Ademais, por meio da súmula de efeito vinculante deferiu-se à Suprema Corte mecanismo eficiente através do qual pudesse infligir suas decisões às demais esferas do Poder Judiciário.

Na Reclamação 4335 o enunciado sumular vinculante foi apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes como instrumento hábil a interpretar-se a competência do Senado Federal para suspender a execução da norma declarada inconstitucional (art. 52, X, CF) como superada. Dessa forma, ao Senado caberia apenas o dever de publicação, dar publicidade, à decisão proferida pelo Supremo Tribunal.

“Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (...). Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma sua real eficácia jurídica²²³”.

Essa é também a posição do Ministro Eros Grau que, no mesmo sentido, compreende que o ditame do art. 52, X, da Constituição Federal, no atual cenário do controle de constitucionalidade, também defere ao Senado Federal apenas o dever de dar publicidade à norma declarada inconstitucional pela Suprema Corte. Em suas palavras, “(...) a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação (= dever de dar publicidade) da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional²²⁴”.

No entanto, na discussão que ora se impõe, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa perfilham entendimento no sentido de que as propostas dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, em mitigar a atuação do Senado Federal, não merecem prosperar, na medida em que a atribuição deferida à Casa Legislativa, pela Constituição Federal através do seu art. 52, X, não é empecilho para que Corte conceda eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso, frente ao instrumento da súmula vinculante.

²²³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

²²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

“A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante (...)”²²⁵.

Nesse sentido, a possibilidade conferida pelo legislador ao introduzir, no texto constitucional, instituto pelo qual à Suprema Corte brasileira permite-se normatizar determinada jurisprudência assentada em reiteradas decisões, dotando essa de força cogente, explicita o reforço à autoridade do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, o fez de forma a garantir a legitimidade da súmula vinculante, no sentido de dotar o seu procedimento de aprovação de ínterims necessários e suficientes a não descaracterizar o controle difuso de constitucionalidade.

Explique-se que, para edição de súmula vinculante requer-se a aprovação do enunciado por 2/3 dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, devendo esta incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de reiteradas decisões. Explicita o texto constitucional que a súmula tem por objetivo superar controvérsias atuais que acarretem insegurança jurídica e multiplicação de processos versando sobre o mesmo tema.

Assim, o controle difuso e concreto de constitucionalidade, e sua característica de irradiar seus efeitos apenas entre as partes litigantes, mantêm-se preservado, de forma que a eficácia *erga omnes*, possibilitada pela súmula vinculante, apenas restará presente após a decisão por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal de enunciá-la, dotando-a de força vinculante.

No entanto, a tese levantada pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335 afigura-se no sentido de que, independente da espécie de controle, concreto ou abstrato, a eficácia *erga omnes* restaria presente, bastando para tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Observa-se que a posição do Ministro Relator é no sentido de encobrir os efeitos típicos do controle de constitucionalidade concreto, qual seja, *inter partes*, pois esse

²²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Documento ainda não disponível publicamente.

passará a ter eficácia idêntica ao controle abstrato. É o que se infere do seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335:

“ainda que a questão pudesse comportar outras leituras, é certo que o legislador ordinário, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, considerou legítima a atribuição de efeitos ampliados à decisão proferida pelo Tribunal, até mesmo em sede de controle de constitucionalidade incidental²²⁶” (grifo nosso).

A adoção irrestrita desta teoria, proposta pelo Ministro, poderia dar ensejo a uma situação de absoluta incoerência na jurisdição constitucional brasileira, pois a possibilidade de um entendimento ainda não maturado influir em toda a cadeia judiciária e sobre os jurisdicionados acarretaria, no mínimo, em flagrante insegurança jurídica.

É nesse contexto que a súmula vinculante insurge como limitadora dessa possível descaracterização do controle de constitucionalidade concreto e difuso, de forma a este tornar-se igual ao controle concentrado e abstrato, na medida em que impende ao Supremo Tribunal Federal preencher requisitos específicos que dotarão a decisão emitida no caso concreto de efeitos *erga omnes* e vinculantes.

A súmula vinculante impõe-se como mecanismo apto a não permitir que o teor de apenas uma decisão tenha o condão de vincular os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, como sugere o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Eros Grau, que o acompanha.

A súmula vinculante exsurge como legitimadora do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal frente às questões concretas a ele submetidas. As reiteradas manifestações, em determinado sentido, pelas quais as decisões dos juízes da Suprema Corte nacional tem de passar para atingir o estágio apto a tornar-se um enunciado sumular vinculante, é garantia de um debate e certeza maiores, de forma a sedimentar a jurisprudência que haverá de ser seguida por todos.

Nessa seara, a análise que se pode fazer do papel do Senado Federal em editar resolução que suspenderá a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que essa não demonstra mais toda a

²²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

pertinência antes verificada, quando não presentes no ordenamento nacional mecanismos como o controle abstrato e a súmula vinculante.

Contudo, perfilha-se pela ideia de que à Corte Constitucional foi deferida, pelo legislador constituído reformador, através da súmula vinculante, outra possibilidade de emprestar eficácia geral, *erga omnes*, à sua decisão em sede de controle difuso, sem a necessidade da participação do órgão político.

Essa é, inclusive, a posição adotada pelo Ministro Joaquim Barbosa para quem a súmula vinculante dotou o Supremo Tribunal de mecanismo apto a conferir eficácia *erga omnes* às suas decisões, não se devendo, contudo, negar a disciplina do art. 52, X, da CF, sendo este um complemento às decisões da Corte²²⁷.

Por tudo quanto analisado, vê-se a súmula vinculante como obstáculo salutar que impede que os efeitos do controle de constitucionalidade concreto sejam iguais ao abstrato, na medida em que limita a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal emprestar eficácia *erga omnes* a todas as suas decisões.

Por meio do enunciado sumular vinculante, a possibilidade de estender os efeitos de uma decisão prescinde da atuação do Senado Federal, disposta no art. 52, X da Constituição Federal, o que, no entanto, não anula essa legítima possibilidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

²²⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Documento ainda não disponível publicamente.

CONCLUSÃO

Ao Senado Federal é dada a competência, pela Constituição Federal em seu art. 52, X, de generalizar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal em fiscalização de constitucionalidade concreta e difusa. A presente monografia visou analisar, a partir da Reclamação 4335, a coerência do papel exercido pela Câmara Alta frente aos novos contornos do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e o papel que a súmula vinculante exerce na jurisdição constitucional nacional.

O debate iniciou-se a partir da proposta feita pelo Ministro Gilmar Mendes, e coadunada pelo Ministro Eros Grau, na Reclamação 4335, quanto à nova interpretação que se haveria de dar à competência da Casa Senatorial, devendo essa ser interpretada como de mera publicidade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, consideraram que a súmula vinculante veio reforçar a ideia de superação da competência do Senado Federal, por permitir que, sem participação do órgão político, os efeitos generalizantes fossem concedidos. Mendes assinalou, ainda, que a atual compreensão do Supremo Tribunal Federal, quanto ao controle de constitucionalidade, indica que os modelos difuso e concentrado caminham para a identidade de seus efeitos, não se podendo distinguir, por esse aspecto, ambos os modelos de fiscalização.

De outro lado, tem-se a hipótese defendida pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, para quem a norma constante do art. 52, X da Constituição Federal deve ser interpretada como sempre *o fora*, competindo ao Senado emprestar efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal, tendo esse, no entanto, a possibilidade de editar súmula vinculante que trará os mesmos efeitos da resolução editada pela Casa Senatorial, não tornando o órgão mero “diário oficial”.

Analisou-se o controle de constitucionalidade americano, que nasce de um caso concreto, suscitado a qualquer juiz e pelo qual, por meio do *stare decisis*, a decisão da Corte Suprema tem efeitos *erga omnes*, por vincular todos os tribunais à decisão proferida. Ademais, demonstrou-se que, por força do princípio da supremacia da Constituição, a

declaração de inconstitucionalidade sedimenta a nulidade da lei inconstitucional, sendo como se essa nunca tivesse existido, eficácia *ex-tunc*.

O sistema austríaco de fiscalização constitucional, por sua vez, exsurge da análise abstrata da norma, feita exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, de forma que a decisão de inconstitucionalidade será dotada de efeitos *erga omnes*. Esse modelo de controle de constitucionalidade fundamenta-se no princípio da presunção da absoluta legitimidade do legislador, sendo, por isso, a eficácia de sua decisão prospectiva, *ex-nunc*.

Diante dessas considerações, analisou-se como ocorreu a introdução e o desenvolvimento dos modelos de fiscalização constitucional no ordenamento jurídico nacional, de forma a poder-se afirmar que a atual jurisdição constitucional brasileira caminha, inegavelmente, para uma crescente objetivação do controle de constitucionalidade difuso, o que foi exacerbado a partir da Constituição Federal de 1988 e das emendas por ela sofridas.

A competência do Senado Federal, exercida por meio de resolução, é instrumento que possibilita efeito análogo ao que se observa no controle de constitucionalidade americano, ao conferir à decisão da Corte efeitos *erga omnes*. No entanto, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que há a necessidade da participação do órgão político, nos Estados Unidos é a própria Suprema Corte, por meio do *stare decisis*, quem estende os efeitos de sua decisão, dando a ela eficácia geral.

Contudo, ao longo da maturação constitucional brasileira, ao Supremo Tribunal Federal foram concedidos mecanismos exclusivos capazes de dar o efeito generalizante à sua decisão, dentre eles, o controle abstrato, inspirado no modelo austríaco de controle de constitucionalidade, idealizado por Hans Kelsen, e a súmula vinculante.

O enunciado sumular vinculante apresenta-se como mecanismo similar ao *stare decisis*, na medida em que ao próprio Supremo Tribunal Federal é possibilitado à extensão dos efeitos de sua decisão. A súmula vinculante atende plenamente aos anseios do Supremo Tribunal em, eventualmente, estender os efeitos *inter partes* de suas decisões definitivas em controle concreto e difuso para todos os que não participaram da relação jurídico-processual em que se proferiu a referida decisão.

Assim, o poder constituído reformador ratifica a tendência à abstrativização do controle difuso e concreto, assemelhando-se ao *stare decisis*. No entanto, o faz por meio da súmula vinculante, mecanismo que requer reiteradas decisões em determinado sentido para atingir estágio apto a ser editada e, só então, vinculando aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

Ademais, é legitimadora do pronunciamento do Supremo Tribunal, na medida em que reúne requisitos obrigatórios à sua edição, de forma a preservar as características intrínsecas do controle de constitucionalidade difuso e concreto desenvolvido no Brasil.

Sob tais aspectos, caso se confirmasse a proposta do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4335, o controle de constitucionalidade difuso e concreto seria completamente transformado, de maneira que, em todas as manifestações decisórias do Supremo Tribunal Federal, tanto em controle difuso e concreto como no abstrato e concentrado, os efeitos da decisão seriam idênticos, quais sejam, gerais, *erga omnes*.

Dessa forma, cumpre não se poder ratificar o entendimento do Ministro Relator, pois caso fosse seguido, haveria uma absoluta descaracterização do controle de constitucionalidade difuso e concreto, tanto no que tange aos seus aspectos internos, especialmente aos efeitos, quanto aos poderes atribuídos ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade, suscitada em um caso concreto, quais sejam limitados aos litigantes.

Diante desse cenário, haveria, ainda, a desconstitucionalização da própria súmula vinculante, na medida em que qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, obtida em controle difuso e concreto, seria dotada de força vinculante e efeitos *erga omnes*, prescindindo da existência do enunciado sumular vinculante. O que, certamente, não foi pretendido pelo legislador derivado e é corroborado pela análise da evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil que, a par de sua tendência à abstrativização, mantêm o sedimentado controle difuso e seus típicos efeitos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana Valderey Ayres Neves de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.15, nº 57, p. 223-328, jan./mar. de 1978, in <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/182003>. Acesso em 03 nov 2011.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O Amicus Curiae e a Objetivação do Controle Difuso de Constitucionalidade*. Brasília: Athalaia, 2010.

BARBOSA, 1962 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Resenha Universitária, 1979.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, inciso X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 233-239, abr./jun. de 2003. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/858>>. Acesso em 08 set 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade*: elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. *Constituição Federal, de 18 de setembro 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 1º set. 2012.

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 29 ago 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 652/MA*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1529015>>. Acesso em 23 set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1434/SP*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1434&classe=ADI-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 23 set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 82.959/SP*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82959%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82959%2EACMS%2E%29&base=baseAcordas>>. Acesso em 01 nov 2011.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm>. Acesso em: 09 set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 16.512/DF*. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/1966. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84410>>. Acesso em 07 set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+4335%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia>>. Acesso em 01 nov 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em 19 set 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Joaquim Barbosa. Documento ainda não disponibilizado publicamente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf>. Acesso em 01 nov 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4335-5/AC*. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Documento ainda não disponibilizado publicamente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 353.508/RJ*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2047814>>. Acesso em 22 set 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: STF, 2012. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf Acesso em 01 set 2011.

BROSSARD, Paulo. O Senado e as Leis Inconstitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, v.13, nº 50, p. 55-64, abr./jun. de 1976. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181304>>. Acesso em 13 jul 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUZAID, 1958 *apud* CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 245.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORSATTO, Olavo Nery. Sistema Legislativo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 38, n. 152, p. 23-47, out./dez. de 2001. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/719>>. Acesso em 04 set 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a distinção entre ratio decidendi e obter dictum*. Disponível em http://www.lfg.com.br/material/fredie/int_pcivil_ratio_22_11.pdf. Acesso em 17/08/2012, 18h08.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>>. Acesso em 02 mai 2012, 14h50.

FAVOREAU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERREIRA, Olavo Alves. *Controle de Constitucionalidade e seus efeitos*. São Paulo: Método, 2003.

FERREIRA FILHO, 2002 *apud* PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*. N. 10, jan/dez 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FILHO, Accioly. Por que o Senado? *Revista de Informação Legislativa*, v.13, nº 52, p. 95-102, out./dez. de 1976. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/180976>>. Acesso em 08 set 2012.

HAMILTON, Alexander., MADISON. James. e JAY. John. *O Federalista: n. 78*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, 1997 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4^a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 4^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Jurisdição Constitucional*. 5^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Caderno de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade, módulo V*. Emagis, 2006. P. 279. Disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf> Acesso em 14 mai 2012.

_____. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 134, p. 11-39, abr./jun. de 1997. P. 29. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220>>. Acesso em 06 set 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os Sistemas Constitucionais (Tomo I)*. 6ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

_____. *Manual de Direito Constitucional: Constituição e Inconstitucionalidade (Tomo II)*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre. *Jurisdição constitucional e Tribunais constitucionais*. Garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2010.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula Vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. JEVEAUX, Geovany Cardoso. Suspensão, pelo Senado, de leis proclamadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. *Depoimentos: Revista de Direito das Faculdades de Vitória*. n. 10, jan/dez 2006.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre a Common Law, Civil Law e o Precedente Judicial*. P. 17. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em 19 set 2012.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SEGADO, Francisco Fernández. La Obsolescencia de La Bipolaridad Tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-kelseniano) de los Sistemas de Justicia Constitucional. *Revista de Direito Público*. N. 2, p. 56-82, Out-Nov-Dez/2003.

SILVA, Antônio Álvares da. *As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Ltr, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de Constitucionalidade e o Senado*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SORMANI, Alexandre. *Inovações da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O Modelo Brasileiro de Controle Difuso-Concreto da Constitucionalidade das Leis e a Função do Senado Federal. *Revista dos Tribunais*, n. 819, jan. 2004, p. 45-64.

_____. *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

